المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ أحمد علي بن ضون

دراسات إسلامية/كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

المجلد الثامن

المحتوى:

الصلح - الوكالة - الكفالة - الحوالة -

الرهن - السبق والرهان

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKI
بيروت - لبنان

DKI دار الكتب العلمية DKI
DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

الجزء الثامن

المحتوى:

الصلح - الوكالة - الكفالة - الحوالة -

الرهن - السبق والرهان

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي
(ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts)	5568	عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

DKI
http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-8337-8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح(1)

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الصلح، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه، وأنواعه.

---

(1) الصُّلْحُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ بِمَعْنَى الْمُصَالَحَةِ وَالتَّصَالُحِ، خِلَافُ الْمُخَاصَمَةِ وَالتَّخَاصُمِ.
قَال الرَّاغِبُ: وَالصُّلْحُ يَخْتَصُّ بِإِزَالَةِ النِّفَارِ بَيْنَ النَّاسِ. يُقَال: اصْطَلَحُوا وَتَصَالَحُوا وَعَلَى ذَلِكَ يُقَال: وَقَعَ بَيْنَهُمَا الصُّلْحُ، وَصَالَحَهُ عَلَى كَذَا، وَتَصَالَحَا عَلَيْهِ وَاصْطَلَحَا، وَهُمْ لَنَا صُلْحٌ، أَيْ مُصَالِحُونَ.
وَفِي الاصْطِلَاحِ: مُعَاقَدَةٌ يَرْتَفِعُ بِهَا النِّزَاعُ بَيْنَ الْخُصُومِ، وَيُتَوَصَّل بِهَا إِلَى الْمُوَافَقَةِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ.
فَهُوَ عَقْدٌ وُضِعَ لِرَفْعِ الْمُنَازَعَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَهَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ.
وَزَادَ الْمَالِكِيَّةُ عَلَى هَذَا الْمَدْلُول: الْعَقْدُ عَلَى رَفْعِهَا قَبْل وُقُوعِهَا - أَيْضًا - وِقَايَةً، فَجَاءَ فِي تَعْرِيفِ ابْنِ عَرَفَةَ لِلصُّلْحِ: أَنَّهُ انْتِقَالٌ عَنْ حَقٍّ أَوْ دَعْوَى بِعِوَضٍ لِرَفْعِ نِزَاعٍ، أَوْ خَوْفِ وُقُوعِهِ.
فَفِي التَّعْبِيرِ بِـ(خَوْفِ وُقُوعِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَازِ الصُّلْحِ لِتَوَقِّي مُنَازَعَةٍ غَيْرِ قَائِمَةٍ بِالْفِعْل، وَلَكِنَّهَا مُحْتَمَلَةُ الْوُقُوعِ.
وَالْمُصَالِحُ: هُوَ الْمُبَاشِرُ لِعَقْدِ الصُّلْحِ وَالْمُصَالَحُ عَنْهُ: هُوَ الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ إِذَا قُطِعَ النِّزَاعُ فِيهِ بِالصُّلْحِ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ، أَوِ الْمُصَالَحُ بِهِ: هُوَ بَدَل الصُّلْحِ.
انظر: تبيين الحقائق ٢٩/٥، والبحر الرائق ٢٥٥/٧، والدر المنتقى صرح الملتقى ٣٠٧/٢، وتكملة فتح القدير مع العناية والكفاية (الميمنية) ٣٧٥/٧، وروضة الطالبين ١٩٣/٤، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، والفتاوى الهندية ٢٢٨/٤، وأسنى المطالب ٢١٤/٢، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، وكشاف القناع ٣٧٨/٣، والمغني (ط. مكتبة الرياض الحديثة) ٥٢٧/٤، ومواهب الجليل ٧٩/٥، والخرشي على خليل ٢/٦، والبهجة شرح التحفة ٢١٩/١، وانظر للشافعية: أسنى المطالب ٢١٥/٢، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وروضة الطالبين ١٩٤/٤، وانظر م ١٥٣١ من مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٢٦ من مرشد الحيران.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾ [النساء: ١٢٨] ولقوله عليه السلام: "**الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**"(١). أي: إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا بأن صالح على خمر لم يجز؛ لأنه أحل حرامًا، وكذلك على عبد على أن لا يبيعه ولا يستخدمه، وهذا صلح حرم حلالًا فكان مردودًا، ولأن الصُّلح سبب لدفع الخصومة وقطع المنازعة والمشاجرة، والمنازعة والمشاجرة متى امتدت أدت إلى الفساد وكان الصلح دفعًا لسبب الفساد وإطفاء لثائرية الفتنة والعناد، وتحقيقًا لسبب الصلاح والسداد فكان حسنًا مندوبًا إليه شرعًا(٢).

وأما تفسيره لغة: فالصلح عبارة عن ترك المنازعة وقطع المشاجرة لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ﴾ [الحجرات: ٩] أي: اقطعوا المنازعة وارفعوا المشاجرة بينهما.

إلا أن في الشريعة الصلح يجوز بدون الحق وهو استيفاء لبعض حقه وإسقاط الباقي إن كان الصلح على جنس حقه، وإسقاط للحق بعوض إن كان الصلح على غير جنس حقه فيكون معاوضة ومبادلة معنى لما بيَّن.

وأما ركنه: هو الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضة تقوم بهما.

وأما شرط جوازه: هو جوازه وهو أن يكون المال المصالح عليه معلومًا إن كان يحتاج إلى قبضه بأن صالح على ما في يد المُدَّعَى عليه، فمتى كان البدل مجهولًا يقع بينهما

---

(١) أخرجه أحمد ٣٦٦/٢ (٨٧٧٠) قال: حدثنا الخزاعي. و«ابن حبان» (٥٠٩١) قال: أخبرنا محمد بن الفتح السمسار، بسمرقند، قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: حدثنا مروان بن محمد الطاطري.

كلاهما: (أبو سلمة الخزاعي، منصور بن سلمة، ومروان بن محمد) عن سليمان بن بلال، عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، فذكره.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤١٧/٣، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، والمغني لابن قدامة (ط. مكتبة الرياض الحديثة) ٥٢٧/٤، وبداية المجتهد (مطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري) ٩٠/٨.

منازعة مانعة من التسليم والتسلم والجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة جواز الصلح، فإن كان لا يحتاج إلى قبضه بأن ادعى حقًّا في دار إنسان فادعى المدعِي قبله حقًّا في دار المدعي فصالحا على ترك دعواهما كان جائزًا، وإن كان البدل مجهولًا؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، فصار كما لو باع قفيزًا من صبرة وشرط آخر أن يكون البدل وهو المصالح عنه حقًّا يجوز الاعتياض عنه مالًا أو لم يكن مالًا كالقصاص معلومًا كان أو مجهولا؛ لأنه لا يحتاج إلى قبضه، فإنه في يد المُدَّعَى عليه، وإن كان لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة، وحد القذف والكفالة بالنفس لا يجوز الصلح عنه؛ لأن ما لا يقبل الاعتياض لا تقع به المعاوضة، والصلح معاوضة متى كان على خلاف جنس حقه(١).

وأما حكمه: فوقوع الملك في البدل وثبوت الملك في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال، ووقوع البراءة عنه للمدعى عليه إن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص، هذا إذا كان الصلح على الإقرار، وفي الصلح على الإنكار ثبوت الملك في البدل للمدعي ووقوع البراءة للمدعى عليه عن الدعوى سواء كان المصالح عليه مالًا أو لم يكن مالًا، والله أعلم.

(باب معرفة أنواع الصلح(٢))

(المبسوط): الصلح أنواع ثلاثة:

أحدها: الصلح عن إقرار المُدَّعَى عليه وهو جائز بالإجماع، ومعنى الصلح لا يتحقق فيه؛ لأن الصلح قطع المنازعة والمشاجرة ولم يوجد هنا خصومة ومنازعة وإنما هو إسقاط عن بعض الحق عن طوع ورغبة(٣).

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٤٣٢/٣، البحر الرائق ٢٥٩/٧.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، والمغني لابن قدامة ٥٢٧/٤، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، وفتح الباري (المطبعة السلفية) ٢٩٨/٥، وكشاف القناع ٣٧٨/٣، وأسنى المطالب ٢١٤/٢، والمبدع ٢٧٨/٤.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٤١٨/٣، ومجمع الأنهر ٣٠٨/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، وبداية المجتهد (مطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية) ٩٠/٨، =

والثاني: الصلح عن إنكار المُدَّعَى عليه وهو جائز خلافًا لابن أبي ليلى والشافعي(١).

والثالث: الصلح عن سكوت المُدَّعَى عليه وهو جائز خلافًا للشافعي(٢) حتى لو أقر المطلوب بالدين بعد قبض مال الصلح ليس للطالب عليه شيئًا خلافًا له(٣).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: أجوز ما يكون الصلح: الصلح عن الإنكار؛ لأن معنى الصلح يتحقق فيه، وهو قطع الخصومة والمنازعة ودفع أذى الشغب والمشاجرة، فلما كان معنى الصلح فيه أبلغ وأكمل كان جوازه أحق وأتم؛ لأن هذا الصلح اشتمل على أخذ المدعِي المال عوضًا عن حقه؛ لأن الحق ثابت في زعمه لوجود دليل ثبوت الحق وهو الخبر الصادر عن عقل وتدين؛ لأن الأصل فيه هو الصدق وبذل المُدَّعَى عليه المال دفعًا لأذى الخصومة والشغب عن نفسه ويصون به عرضه وماء وجهه؛ لأن المال غير ثابت في حقه في زعمه وكلاهما عند الاجتماع جائز فعند الاجتماع أجوز والحاجة إلى جواز هذا الصلح أمسّ؛ لأن الناس إنما يحتاجون إلى الصلح عند الإنكار لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات وللحاجة تأثير في تجويز العقود؛ لأن العقود كلها جوّزت باعتبار حاجة العباد وفي عدم تجويز هذا الصلح فتح باب المنازعات وإثارة الثائرات بين الناس وجرهم إلى الفتن والمكابدات.

ولهذا قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله: لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في إبطال الصلح على الإنكار. له

=

والقوانين الفقهية (ط. الدار العربية للكتاب) ص ٣٤٣، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه ٣٢٤/٢. وإرشاد السالك لابن عسكر البغدادي المالكي ص ١٣٢، والتفريع لابن الجلاب ٢٨٩/٢.

(١) انظر: روضة الطالبين ١٩٣/٤، وكفاية الأخيار ١٦٨/١، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وأسنى المطالب ٢١٥/٢، والمهذب ٣٤٠/١، والخرشي على خليل ٣/٦، وشرح الزرقاني على خليل ٣/٦.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وأسنى المطالب ٢١٦/٢، وروضة الطالبين ١٩٧/٤، والبدائع (٤٧/٦، الطبعة الأولى).

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٥٥٨/٤ - ٥٦١، ودرر الحكام لعلي حيدر ٣٩/٤.

على آخر ألف درهم فأنكره المطلوب فقال الطالب للمطلوب صالحتك على ثلاثمائة من الألف التي عليك جاز وبرئ المطلوب عن الباقي قضاء ولم يبرأ ديانة، ولو قضاه المطلوب الألف وأنكر الطالب ثم صالحه المطلوب على مائة فالصلح جائز قضاء، ولا يحل للطالب أخذ المائة منه ديانة؛ لأنه بالاقتضاء لم يبق له عليه حق فكان أخذ المال أخذًا بغير حق فلا يحل، والصلح بعد الحلف يصح عند محمد رحمه الله؛ لأن الخصومة بينهما قائمة بعد الحلف، ولهذا تسمع من المدَّعِي البينة بعد الحلف فكان باذلا المال لدفع أذى الخصومة عن نفسه وعندهما لا يصح؛ لأن المُدَّعَى عليه ليس بباذل المال بإزاء الخصومة؛ لأن الخصومة اندفعت بالحلف ظاهرًا؛ وهذا لأن البذل إنما جاز لدفع اليمين عن نفسه ودفع سوء القول، فإنه لو حلف يقع في القيل والقال فالناس فيه بين مصدق ومكذب وبعد الحلف لا يندفع اليمين عنه ببذل المال فكان ببذل المال بعد الحلف عاريا عن دفع اليمين وأذى الخصومة فكان رشوة فلم يحل، والصلح مع المودع عن دعوى الاستهلاك لأن المودع يدعي عليه استهلاك الوديعة وهو يدعي الضياع فصالحه على مال يصح عند أبي يوسف؛ لأنه ادعى الضمان على المودع فصار كما لو ادعى دينًا عليه وهو ينكر وعندهما لا يصح؛ لأن المودع أمين متسلط على أداء الأمانة والأمين مصدق في دعوى الرد والضياع؛ لأنه يدعي براءة نفسه عن الضمان فيصدق فيه فينفذ قوله على المدَّعِي فاندفعت الخصومة عنه فلا يكون بذل المال لدفع أذى الخصومة ودفع ضرر اليمين عن نفسه ثم الصلح إن كان مثل جنس حقه فهو إسقاط بعض حقه واستيفاء للباقي، وإن كان الصلح على خلاف جنس حقه فهو تمليك بعوض من وجه واستيفاء لغير الحق من وجه؛ لأنه من حيث إنه تمليك المال بالمال معاوضة حتى يثبت فيه جميع أحكام البياعات من الشفعة وخيار العيب والرؤية ويبطل بالشروط الفاسدة ويشترط قبض البدلين إذا صالح من الدراهم على الدنانير واستيفاء لعين حقه من حيث إنه يتوصل به إلى حقه حتى لو صالح الطالب المطلوب عن ألف على مائة ثم تصادقا أن لا دين بينهما فالصلح باطل لأنهما لما

تصادقا على عدم الدين فلا يتصور الإسقاط؛ لأن الإسقاط يستدعي سابقة الثبوت فلم يوجد.

ولو صالحه من ألف على عبد ثم تصادقا أن لا شيء عليه فالمدفوع إليه بالخيار إن شاء رد العبد، وإن شاء أعطاه إكفًا وأمسك العبد؛ لأنه صالح على خلاف جنس حقه، فإن تعذر تصحيح هذا الصلح من حيث إنه إسقاط أمكن تصحيحه من حيث إنه تمليك مال بمال فصار كأنه باع العبد منه بألف إلا أن الطالب إنما رضي بشراء العبد بألف دين على المطلوب، فإذا لزمه ألف عين يتخير. ادعى على آخر ألفًا فأنكر ثم صالحه منها على أن باعه بها عبدًا جاز وهو إقرار بالدين.

ولو صالحه منها على عبد لا يكون إقرارًا؛ لأن البيع تمليك مال بمال من الجانبين فلا يتحقق تمليك مال بمال من الجانبين إلا إذا صار مقرًّا بالألف حين يملك الطالب من جهته العبد والمطلوب يملك من جهة الطالب الألف فصار مقرًّا بالألف مقتضى إقدامه على البيع. فأما الصلح موضوع للإسقاط والإصلاح، فإن الصلح على مال من أحد الجانبين وعلى ما ليس بمال جائز كالصلح عن القصاص والصلح بين الزوجين فلا يقتضي بحقيقة تمليك المال من الجانبين فإقدامه على الصلح لا يكون إقرارًا بالمال، أخذ شيئًا بالصلح لا يبيعه مرابحة إلا بالبيان؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق والظاهر أنَّ قيمة البذل تكون أقل من الدين، فإذا قال اشتريته بألف كان هذا خيانة منه، ولو اشترى بالدين يجوز؛ لأن الشراء مبناه على المماكسة والاستقصاء فصار مشتريا بجميع الألف فلا يتمكن منه تهمة الخيانة.

(المنتقى): ادعى دارًا في يدي رجل فأنكره فصالحه إنسان متطوعا من دعواه على ألف ودفعها إليه بغير أمر المُدَّعَى عليه ثم أقر المُدَّعَى عليه بأن الدار دار المدعِي يأخذ المصالح المتطوع الدار؛ لأن هذا الصلح معاوضة نافذة في حق المدعِي غير نافذة في حق المُدَّعَى عليه لقيام يده عليها، فإذا زال حقه عنها أخذ المتطوع بحكم البيع السابق، أو لو ادعى عليه ألفًا ودارًا فصالحه من دعواه على مائة درهم ثم أقر المدعِي بأن إحداهما كانت للمدعى عليه فالصلح جائز من الثاني ولا

يرجع المُدَّعَى عليه بشيء، وكذلك لو أقام المدعِي البينة بعد الصلح على الألف والدار جميعًا فالألف باطلة وكان على حقه في الدار؛ لأن المائة التي أخذها إنما هي من الألف وقد حط عنه الباقي من الألف؛ لأنه تبين أنه صالح على حقه؛ لأنه استيفاء للبعض وإسقاط للباقي بخلاف ما لو ادعى عبدًا وأمة فصالحه منهما على مال ثم أقام البينة عليهما صح وهما للمدعى عليه؛ لأن هذا الصلح وقع على خلاف جنس حقه فيكون تبعًا كما لو ادعى عروضا فصالحه منها فهو بمنزلة بيع باعه إياه، ألا ترى أنها لو كانت دار فصالحه منها ثم أقر المُدَّعَى عليه بأنها قد كانت للمدعي أخذها الشفيع بالشفعة.

ولو ادعى عليه ألف درهم ودارًا فصالحه من ذلك على ألف درهم ثم أقام البينة على نصف الألف ونصف الدار لم يكن له منهما شيء؛ لأن هذا الصلح استيفاء لبعض حقه وإسقاط للباقي والساقط لا يحتمل العود، ولو أقام البينة على ألف درهم ونصف الدار كانت الألف قضاء بالألف واحد نصف الدار، ولو استحقت الدار من يد المُدَّعَى عليه لم يرجع من الألف بشيء؛ لأنه يقول الألف التي قبضت من الألف التي ادعيت ولو ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على مائة درهم كانت المائة قبضًا من الألف، فإن أقام البينة على المالين جميعا كان في الدنانير على حقه وباقي الألف يكون حطًا؛ لأنه لم يجز أن يكون هذا بيعًا بل هذا قياس الدراهم والدار؛ لأن هذا الصلح لما كان إسقاطا في حق الألف لا يجوز أن يكون بيعا في حق غيرها؛ لأن الشيء الواحد لا ينتظم الإسقاط والمعاوضة لمضادة بينهما، فإذا جعلناه حطًا وإسقاطًا تعذر أن يجعل بيعًا ومعاوضة.

ولو أعطاه ثوبًا بجميع حقه فهذا صلح بجميع حقه، وكذلك لو أعطاه بحقه أو لحقه؛ لأنه جعله عوضًا عن حقه؛ لأن حرفي الباء واللام يستعملان في الأعواض؛ لأنه لإلصاق أحدهما بالآخر والعوض يقابل الكل المعوض؛ لأن المعاوضة تقتضي المقابلة.

وإن قال: هذا من حقك عليّ أو من الذي لك عليّ أو من جميع حقك عليّ ينظر إن كان الثوب يساوي جميع الحق أو أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو بجميع حقه،

وإن كان عشرة دراهم بحيث لا يتغابن الناس فيه فهو باطل إلا أن يتصادقا أنهما عينا الحق كله فيكون بكله استحسانًا لا قياسًا لأن كلمة من في المعاوضات تستعمل في التبعيض فيصير كأنه قال: من حقك أي من بعض حقك وذلك البعض مجهول فبطل الصلح. وجه الاستحسان: أن كلمة من كما تستعمل للتبعيض تستعمل للتمييز وللكل كما يقال باب من حديد وثوب من حرير ويراد به كله، فإذا كان الثوب مثل حقه أو أقل بما يتغابن فيه أمكن استعماله للكل؛ لأنه أمكن تحقيق المعاوضة فيه، وإن كان فاحشًا يتغابن الناس فيه لا يمكن تحقيق المعاوضة والمقابلة فيه حقيقة فدل ذلك على أنهما أرادا به البعض وأنه مجهول فبطل.

(باب ما يمنع جواز الصلح وما لا يمنع)

(**المبسوط**): الصلح على أربعة أوجه:

معلوم، ومجهول على معلوم، وهما جائزان.

ومجهول على مجهول، ومعلوم على مجهول، وهما فاسدان.

(**مثال الأول**): لو ادعى دينًا أو حقًّا معلومًا على إنسان فصالحه على مال معلوم جاز؛ لأن بيع المعلوم بالمعلوم جائز والصلح أجوز؛ لأنه أوسع جوازًا منه.

(**ومثال الثاني**): لو ادعى حقا في دار إنسان في يده ولم يسم الحق فاصطلحا على أن يعطي المُدَّعَى عليه مالًا معلوما جاز؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة؛ لأنها غير مانعة من التسلم والتسليم؛ لأن المصالح عنه في يده فلا تحتاج المدعِي إلى تسليمه، وإن كانت الدار في يد المدعِي فاصطلحا على أن يعطيه المدعِي مالا معلوما لا يجوز؛ لأنه يحتاج المدعى عليه إلى تسليم المدعى به إلى المدعِي، فإذا لم يكن معلوم المقدار لا يدري أي مقدار يقع تسلم فيقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم.

(**ومثال الثالث**): لو ادعى حقًّا في دار في يد إنسان ولم يسم وادعى المُدَّعَى عليه حقا في أرضه، فإن اصطلحا بأن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر ليترك دعواه لا يجوز؛ لأنه يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم وجهالة البدل مانعة من التسليم والتسلم

فيقع بينهما منازعة، وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز وهذا صلح وقع عن مجهول على مجهول وجاز ذلك؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم.

(ومثال الرابع): وهو الصلح عن معلوم على مجهول إن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم لا يجوز وإلا فجاز لما بينا. ادعى دارا فصالحه على بيت منها معلوم جاز ولا يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق المعاوضة؛ لأن بعض الدار لا يصلح أن يكون عوضًا عن الباقي فكان هذا أخذ بعض حقه وترك الباقي، ولو ادعى بعد ذلك هل يسمع؟ ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يسمع حتى لو أقام البينة لا تستحقه.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه يسمع ويستحقه بإقامة البينة؛ لأنه استوفى بعض حقه وأبرأه عن البعض والبراءة عن الأعيان باطلة فبقي المدعِي على دعواه في الباقي. وجه ظاهر الرواية: بأن الصلح شرع لقطع المنازعة ورفع الخصومة فيجب تصحيحه على وجه تنقطع الخصومة وترتفع المنازعة وذلك بأن يجعل أنه أخذ بعض حقه وأبرأ عن دعوى الباقي؛ لأن البراءة عن الباقي لاقت عينًا ودعوى، فالبراءة عن العين إن لم تصح فالبراءة عن دعوى العين تصح فيصح على هذا الوجه لتنقطع المنازعة، وكذلك لو صالح على أن يزرع سنين معلومة جاز؛ لأنه صلح وقع عن مجهول على معلوم كما لو ادعى دارًا فصالحه منها على سكنى سنين معلومة جاز وصالحه على سكنى بيت منها أبدا لا يجوز؛ لأن هذا الصلح إن جاز باعتبار جانب المدعِي؛ لأن في زعمه أنه استوفى حقه وترك الباقي فكان إبراء محضا ولكن لا يصح باعتبار جانب المُدَّعَى عليه؛ لأن في زعمه أن ما يعطي في الصلح على الإنكار يعطي فداء عن اليمين عوضًا عنها فكان الصلح معاوضة في حقه فيجب أن يكون بدله معلوما فوقع الشك في جواز هذا الصلح فلا يجوز بالشك.

دار في يد رجلين كل واحد منهما يدعيها يقضى بينهما نصفان، فإن اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث، أو لهذا منزل معلوم وللآخر كذلك جاز؛ لأن كل واحد منهما استوفى بعض حقه وترك بعضه وذلك جائز فلما يجوز البيع على هذا الوجه فكذلك الصلح.

(المنتقى): رجل محبوس في سجن لتهمة سرقة ونحوها فصالحه في السجن وجاءه قوم آخرون فادعى قبله حقا في السجن فصالحهم فلما خرج أنكر وقال صالحتكم لأني خفت على نفسي ينظر إن كان حبسه والي أو صاحب شرطة فالصلح باطل؛ لأنه مكره يخاف على نفسه، وإن كان حبسه القاضي فالصلح جائز؛ لأن القاضي لا يحبسه إلا في حق.

(الفتاوى): سرق من حانوت إسكاف خفاف لأقوام ثم أتى الإسكاف وأخذ السارق فتصالح معه على شيء قال إن كان المسروق قائمًا لا يجوز إلا بإجازة أربابه، وإن كان مستهلكًا يجوز بدون إجازة أربابه بعد أن يكون الصلح على دراهم لا يكون الحط فيه كثير إلا أن للمودع والغاصب حق الصلح واستيفاء الضمان إلا أن هذا كالوكيل فلا يجوز على موكله إذا كان فيه حط كبير، فإذا فرض القاضي لامرأة على زوجها عشرة دراهم كل شهر ثم صالحت زوجها من العشرة على قفيز دقيق إلى الشهر ينظر إن صالحها قبل أن يمضي شيء من الشهر جاز، وإن كان قد مضى بعض الشهر جاز في حصته ما بقي من الشهر ولم يجز في حصته ما مضى وكذلك صلحها من نفقة ولدها الرضيع. رجل دفع إلى صائغ مائة مثقال ذهب يصوغه له طوقًا فصاغه فصاغ فصالحه رب الطوق على خمسين مثقالا ودفعها إليه فالصلح جائز، فإن وجد الطوق فرب الطوق يكون شريكا فيه له نصفه وقد أخذ خمسين دينارًا.

وكذلك رجل غصب رجلًا طوقا فيه مائة دينار فضاع من عند الغاصب فصالحه رب الطوق على خمسين دينارًا فهو جائز، فإن وجده الغاصب كان رب الطوق شريكا فيه له نصفه، ولو كان الطوق عنده لم يجز الصلح؛ لأنه لم يجب عليه قيمة إنما وجب عليه رده فلا يجوز أن يصالح على أقل منه وهو قائم بعينه، والصلح على أكثر من مهر المثل جائز والصلح على أكثر من قيمة المغصوب لا يجوز؛ لأنه لو زاد في مهرها جاز، ولو زاد في قيمة المغصوب لا يجوز، ولو طلقها بعد الدخول ثم صالحها على أكثر من مهر المثل أو ماتت المرأة وصالحه ورثتها لا يجوز إلا قدر مهر المثل؛ لأن هذا صار بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر، ولهذا لا تجوز الزيادة فيه.

(باب صلح الأجنبي مع المدعِي والوكيل)

(المبسوط): ولو صالح الأجنبي مع المدعِي بغير إذن المُدَّعَى عليه فهو على خمسة أوجه: ففي وجه لا يصح، وفي وجه اختلاف المشايخ، وفي ثلاثة أوجه يصح.

أما الأول: لو قال: صالح فلانا أو صالحك مع فلان على ألف درهم من دعواك فأوقف الصلح على إجازة المُدَّعَى عليه؛ لأنه أضاف الصلح إليه ولم يضف إلى نفسه فيوقف عليه، فإن أجاز نفذ ويجب المال عليه دون المصالح؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة والحكم في الوكيل كذلك، وإن لم يجز بطل الصلح؛ لأنه لا يجب المال والمدعي لم يرض بسقوط حقه مجانا.

والثاني: لو قال: صالحتك على ألف درهم اختلفوا فيه قيل ينفذ الصلح عليه ويجب عليه المال؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه، فإن الباء كناية عن الفاعل كقوله ضربتك فقد جعل نفسه فاعلا للصلح، والأصل أن فعل الفاعل يعتبر وأفعاله، وإذا اعتبر الصلح وأفعاله صار بمنزلة قوله اشتريت يقع الشراء له لا لغيره فكذا هذا فصار بمنزلة قوله صالحني، وقيل لا يصح الصلح ويتوقف على إجازة المُدَّعَى عليه؛ لأنه لم يضف الصلح إلى نفسه لا محالة؛ لأن الباء كناية عن الفاعل والفعل كما يقع للفاعل يقع لغيره وإنما يعتبر الفاعل وأفعاله فيما له منفعة بوجه ولا منفعة له في هذا الصلح بوجه ما وأيضًا المنفعة للمدعى عليه فاعتبروا أفعاله بخلاف قوله صالحني؛ لأن النون والياء كناية عن المفعول كقوله اضربني فقد جعل نفسه مفعول الصلح وإنما يصير مفعول الصلح إذا وقع الصلح عليه لا على غيره.

وأما الوجوه الثلاثة: لو قال: صالحني بألف، أو قال: صالح فلانا على ألف من مالي أو على أني ضامن لك أو على هذه الألف أو هذا العبد ينفذ الصلح عليه ويلزم المال المصالح ولا يرجع على المُدَّعَى عليه بشيء؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه أو أضاف البدل إلى نفسه وإضافة البدل كإضافة العقد وقد التزم البدل فينفذ عليه؛ لأن التبرع بإسقاط الدين والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح، فالصلح

عن إقرار إسقاط الدين، والصلح عن إنكار إسقاط الخصومة، فيجوز كيف ما كان ولو ضمن له ما صالحه عليه وكانت الدراهم فاستحقت أو وجدها زيوفا أو ستوقة يرجع المدعى عليه بمثلها؛ لأن الصلح جرى بينه وبين المصالح أو لم ينتقض الصلح بالاستحقاق؛ لأنه لم يتعلق بعينها فإنما انتقض الاستيفاء فكان بمنزلة الثمن إذا استحق في البيع يرجع على المشتري فلا ينتقض البيع فكذا هذا.

(فصل)

الوكيل بالصلح عن الدعوى في أحد الشيئين له أن يصالح على أيهما شاء لا غير؛ لأن كلمة أو للتخيير، فإذا اختار أحدهما لا يكون الآخر داخلا تحت الوكالة، كما لو قال لعبديه هذا أخي وهذا لم يبن العتق في أحدهما لا يكون الآخر داخلا تحت الإيجاب له وكله بالصلح عن الدعوى في دار فصالح الوكيل من في يديه الدار على مائة ولم يصفه إلى موكله ولم يسمه جاز استحسانًا. وجه القياس: أن الوكيل كما يملك الصلح عن دعوى الموكل يملك عن دعوى نفسه، فإذا لم يصف الصلح إلى الموكل ولم يسمه يكون واقعا له كالوكيل بالشراء إن لم يصف الشراء إلى موكله ولم يسمه تقع له فكذا هذا. وجه الاستحسان: أنه وكله بالصلح بعدما ادعاه الموكل والصلح مشروع لقطع الخصومة والمسألة وذلك لا يتحقق إلا بعد الخصومة فالمنازعة والخصومة وجدت من الموكل لا من الوكيل فانصرف الصلح إلى دعوى الموكل ضرورة بخلاف الوكيل بالشراء؛ لأن صحة الشراء لا تبنى على أمر سابق من جهة الموكل سوى الوكالة فلا ينصرف مطلق الشراء إليه إلا بإضافة.

(باب ما يصلح بدلًا في الصلح وما لا يصلح)

وما جاز في البيوع من الأجل جاز في الصلح؛ لأنه معاوضة كالتتمة، ولو صالح على عين مؤجل لا يجوز؛ لأن ضرب الأجل في العين باطل في البيع وتوجب فساده فكذا في الصلح، ولو صالح على ثبات في الذمة إن ضرب له أجلا جاز وإلا فلا؛ لأن الثبات لا يجب دينا في الذمة إلا مؤجلا بخلاف ما لو صالحه على مكيل أو موزون في الذمة ولم يضرب له أجلا جاز استحسانًا، كما لو اشترى عينا بمكيل

أو موزون موصوف في الذمة غير مؤجل جاز. ولو صالحه من دعواه في دار على دراهم مسماة على أن يزيد الآخر كر حنطة وليس عنده طعام لا يجوز؛ لأنه لو باع عبدًا بدراهم مسماة على أن يزيد الآخر كر حنطة لا يجوز؛ لأن الكر متى قوبل بالدراهم يكون مبيعا فالكر هنا مقابل بالدراهم فيكون مبيعا والمبيع لا يصلح أن يكون دينا في الذمة إلا بطريق السلم فمتى وجد شرائط السلم جاز وإلا فلا. هذا إذا كان الكر من المدعِي والدراهم من المدعى عليه قبله، وإن كان كلاهما من المُدَّعَى عليه فكذلك لا يجوز لجهالة المصالح عنه؛ لأن الدار تقسم على الدراهم والكر فمتى لم يكن الكر موصوفا فما يقابل الدار من الدراهم يكون مجهولا؛ لأنه لا يدري أن قيمة الحنطة مثل قيمة نصف الدار أو ثلثها متى لم يكن موصوفا فتصير ما وقع عنه الصلح من الدار مجهولا جهالة يوقعهما في المنازعة؛ لأن دعوى المدعِي انقطع في البعض دون البعض ولا يدري بأي قدر انقطع ومثل هذه الجهالة توجب فساد الصلح.

(المنتقى): والصلح عن المغصوب على ألف نسيئة، فإن كان المغصوب مستهلكا والمغصوب مثلي كالحنطة والشعير لا يجوز الصلح؛ لأنه دين بدين، فإن كان عن عوض يجوز؛ لأنه صلح عن عين بدين فيجوز كما في البيع. رجل له على رجل ألف درهم حالة وبها كفيل سنة فصالحهما جميعا على خمسمائة حالة يجوز في حصة الأصيل ولا يجوز في حصة الكفيل.

قال محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل عبدا فقال بعه من فلان بألفه التي له عليك ففعل كان لصاحب العبد على المأمور ألف درهم.

ولو قال: صالحه من الثمن عليه ففعل كان عليه قيمته لصاحبه؛ لأن البيع يقع للآمر؛ لأنه تصرف في ملكه. فأما الصلح لا يقع له؛ لأنه تصرف في ملك الغير ولكن المأمور قضى دينه من مال الآمر بأمره فيرجع الآمر عليه بقيمته، فإن تصادقا المصالحان على أن لا دين بطل الصلح ورجع العبد إلى مولاه ما لم يقض القاضي له عليه بقيمته؛ لأنه متى قضى له بقيمته فقد تحول حقه من العبد إلى القيمة وزال العبد عن ملكه، ولو دفع إليه دنانير وقال: بعها منه بالدراهم التي له عليك ففعل فعليه له دنانير مثلها كأنه أقرضه الدنانير.

قصَّار أخرق ثوبا لرجل فصالحه على كر إلى أجل من الثوب كله ودفع إليه الثوب قال: يبطل من الكر بحساب الخرق؛ لأنه دين بدين، والله أعلم.

(باب ما ينقض الصلح وما لا ينقضه)

مسائله على فصول:

فصل في انتقاض الصلح بالعتق والهلاك.

وفصل في انتقاضه بالاستحقاق.

وفصل في الخيار بين النقض والإمضاء.

(فصل)

صالحه من دعواه في دار على خدمة عبد سنة فهو على ستة أوجه، إما أن أعتقه المالك، أو أعتقه صاحب الخدمة أو قتله المالك أو قتله صاحب الخدمة، أو قتله أجنبي أو مات حتفًا، فإن أعتقه المالك عتق؛ لأن رقبة العبد ملكه إلا أن خدمته ملك المدعِي فصار كالوارث أعتق العبد الموصى له بالخدمة لآخر بعد فكذا هذا. ثم العبد بالخيار إن شاء خدمه، وإن شاء لم يخدمه، فإن كان خدمه لا يبطل الصلح، وإن كان لا يخدمه يبطل ورجع إلى دعواه فيما بقي ولا يضمن المعتق شيئًا لصاحب الخدمة؛ لأن حق المدعِي في الخدمة لا غير فالمولى بالإعتاق أتلف عليه مجرد المنفعة والمنفعة لا تضمن بالإتلاف بخلاف الوارث إذا أعتق العبد الموصى له بالخدمة، فإنه يضمن القيمة؛ لأنه إنما يضمن للميت لا للموصى له؛ لأن الرقبة بقيت على حكم ملك الميت لتصح الوصية منه بالخدمة، فإنه متى لم تبق الرقبة على ملكه فحينئذ تحصل الوصية بمنافع هي ملك الورثة وأنه لا يصح، ولما صحت الوصية علم أن الرقبة مبقاة على حكم الميت فيجب الضمان للميت وحق الميت في الرقبة ومتلف الرقبة يضمن، وإن أعتقه صاحب الخدمة لا يعتق؛ لأنه لا يملكه، فأما إذا قبله صاحب العبد لا يضمن، كما لو أعتقه فيبطل الصلح فيما لم يستوف من المنفعة؛ لأنه فات ولم يخلف بدلا فصار كما لو مات حتف أنفه قبل مضي المدة، وإن قتله صاحب الخدمة يلزمه القيمة؛ لأنه أتلف رقبة هي ملك الغير كما في العبد

الموصى له بالخدمة قتله الموصى له بالخدمة يضمن فكذا هذا وينتقض الصلح عند محمد ولا ينتقض عند أبي يوسف رحمهما الله، وكذلك لو قتله أجنبي خطأ وأخذ قيمته لا ينتقض الصلح عند أبي يوسف رحمه الله وله الخيار إن شاء اشترى بالقيمة عبدًا آخر يخدمه سنة، وإن شاء عاد إلى دعواه، وعند محمد رحمه الله ينتقض الصلح وعاد إلى دعواه، ولو مات العبد ينتقض الصلح بالإجماع ولو لم يمت العبد ولكن مات أحد المتصالحين لا يبطل الصلح وتكون الخدمة لورثته، وعند محمد رحمه الله يبطل ويرجع بحصة دعواه، وكذلك لو صالحه من دعواه في دار على سكنى بيت منها ثم مات أحد المتصالحين فهو على الخلاف، ولو صالحه من دعوى سكنى دار على سكنى دار آخر له ينتقض بالإجماع، ولو صالحه على ركوب الدابة أو لبس الثياب سنة فمات المدعِي ينتقض الصلح بالإجماع، ولو مات المدعِي عليه فهو على الخلاف وهذه المسائل مبنية على حرف وهو أن أبا يوسف اعتبر معنى الاستيفاء في هذا الصلح ومعنى المعاوضة وفي الإجارة فباعتبار أحدهما يبطل وباعتبار الآخر لا فلا يبطل بالشك ومحمد رحمه الله اعتبر معنى الإجارة فيه والإجارة تبطل بالموت محمد يقول: إن الصلح متى وقع على المنفعة يعتبر إجارة ولا يعتبر استيفاء؛ لأن معنى المعاوضة فيه ثابت حقيقة؛ لأنه يأخذ بدل حقه لا عين حقه، ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والشرط ولأن المنفعة لا تملك إلا بعقد الإجارة، ولهذا يشترط التأقيت لجواز هذا الصلح بالإجماع والتأقيت يختص بالإجارة فتعتبر إجارة إلا إذا كان في اعتباره إجارة فساد الصلح فيعتبر استيفاء لعين الحق كما لو صالحه من دعوى سكنى دار على سكنى دار أخرى سنة لو اعتبرناه إجارة فسدت؛ لأنه تمليك المنفعة بمنفعة من جنسها وأنه باطل فاعتبرناه استيفاء تصحيحا له وفيما عدا ذلك ليس في اعتباره إجارة فساد الصلح فاعتبرناه، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن الصلح على المنفعة اشتمل على معنيين على معنى الاستيفاء وعلى معنى الإجارة كالصلح الواقع على العين اعتبر بيعا من وجه واستيفاء لعين الحق من وجه فباعتبار المعاوضة له والإجارة يشترط التأقيت؛ لأنها لا تجوز بدون التوقيت وباعتبار الاستيفاء يجوز والجواز لم يكن ثابتا فلا يجوز

بالشك ومهما أمكن اعتبار المعنيين يجب اعتبارهما ولا يجوز إهدارهما وإهمالهما فباعتبار أحدهما يبطل بموت أحد المتعاقدين وباعتبار الآخر لا يبطل فلا يبطل بالشك بخلاف ما لو صالحه على ركوب الدابة ولبس الثياب؛ لأنه تعذر اعتبار معنى الاستيفاء فيه فتعتبر إجارة من كل وجه حتى يبطل بموت المدعِي؛ لأنه يقع الشك في إلحاق زيادة ضرر بالمدعى عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في استيفائه، ولهذا لم يجز للمدعي أن يقيم غيره مقام نفسه حال حياته في الاستيفاء كي لا يلحق بالمدعى عليه زيادة ضرر، ولو مات المُدَّعَى عليه لو اعتبرناه إجارة من وجه استيفاء لعين الحق من وجه ولا يلحقه زيادة ضرر فلا ينقض، فإن مات العبد أو الدابة قبل استيفاء شيء من المنفعة بطل الصلح وعاد المدعِي إلى دعواه.

وإن مات بعد استيفاء النصف جاز الصلح في النصف وبطل في النصف وعاد المدعِي إلى نصف الدعوى بالإجماع؛ لأن الاستيفاء لا يتصور بدون قبض بدل الصلح فلا يصير مستوفيا لحقه فصار كما لو صالح على عين فهلك العين قبل القبض بطل الصلح فكذا هذا، وكذا الإجارة تنتقض بهلاك المستأجر ولصاحب الخدمة أن يؤاجره وله أن يخرجه من مصره؛ لأن منفعته صارت ملكا له بالإجارة فجاز أن يملكها من غيره والإذن بالاستخدام حصل مطلقًا فكان له الاستخدام في الأماكن كلها كالموصى له بخدمة العبد، ولم يذكر محمد رحمه الله جواز إخراج العبد المستأجر للخدمة من المصر هل يجوز؟ فلقائل يقول يجوز له كالعبد المصالح على خدمته ولقائل يقول ليس له ذلك؛ لأن الإذن في الإجارة إنما يقيد بمكان العقد؛ لأن موته الرد على الآخر بخلاف العبد المصالح على خدمته والمستعار والموصى له بالخدمة يكون موته الرد على صاحب الخدمة والمستعير؛ لأن المنفعة تحصل له؛ لأن رد المستعار على المستعير والصلح بمعنى الإجارة من حيث إن المُدَّعَى عليه لم يستفد مالا بإزاء ملك المنفعة وإنما يسقط عنه مجرد اليمين واليمين ليست بمال.

(فصل)

ولو استحق العبد رجع إلى دعواه؛ لأن الصلح ينتقض بالاستحقاق؛ لأنه

معاوضة يحتمل الانفساخ كالبيع، ولو استحق نصفه أو وجده معينا فله الخيار إن رد عاد إلى دعواه كما في البيع ادعى حقا في دار فصالحه على دراهم فاستحقت الدار رجع بدراهمه، وإن استحق بعضها لم يرجع بشيء؛ لأن استحقاق المصالح عنه بمنزلة استحقاق المبيع في زعم المدعِي وفي زعم المُدَّعَى عليه افتداء عن اليمين والخصومة فمتى ظهر أن خصومته كانت باطلة فلا يمين عليه فله الرجوع بما أعطى إلا أنه متى استحق بعضه لا يرجع؛ لأنه ادعى حقه، فإنه مجمل قد يكون بعضا سابقا وقد يكون مكانا معينا ويجوز أنه لم يستحق ما ادعاه المدعِي وإنما استحق غيره فلا يثبت له الرجوع بالشك، ولو ادعى نصف الدار وأقر أن نصفها لذي اليد فصالح من نصيبه على دراهم معلومة ثم استحق نصف الدار رجع بنصف الدراهم؛ لأن المستحق في النصيبين جميعا؛ لأن المال المشترك متى استحق منه شيء يكون من النصيبين جميعا فقد استحق عليه نصف ما ادعاه، فإن قال لا أدري لمن هو أو سكت أو قال لفلان آخر لم يرجع بشيء حتى يستحق أكثر من النصف؛ لأنه يجوز أن يكون المستحق هو الشريك الذي أقر له بالنصف ولم يعين ولا يصير شيء من نصيبه مستحقا، وإقراره بالشركة لغير المدعى عليه لم يصح؛ لأنه يقر بما في يد غيره فصار كما لو ادعى النصف وسكت بخلاف ما لو أقر للمدعى عليه؛ لأنه إقرار من ذي اليد بنصف ما في يده وهو صحيح؛ لأن الملك له من حيث الظاهر.

(فصل)

صالحه على عبد لم يره فهو بالخيار إذا رآه؛ لأن الصلح معاوضة حقيقة وحكمًا فيكون شرًا باعتبار المعاوضة. رجلان ادعيا دارًا فصالحه أحدهما من حصته على مائة فليس لصاحبه أن يشاركه؛ لأن بإنكار المدعى عليه صار حقهما كالتاوي والتالف وإنما صار ما لا يصلح أحدهما على نصيبه على الخصوص فكانت المائة بدل نصيبه على الخصوص كالغاصب إذا أجر المغصوب تكون الأجرة له، وإن كانت بدلا عن منافع المغصوب؛ لأنه إنما صارت مالا بعقده فكذا هذا، وذكر ابن رستم عن أبي يوسف له أن يشاركه في المائة؛ لأن هذا بدل شيء مشترك بينهما؛ لأن التاوي في حكم الدين والدين مشترك بينهما وحكم البدل كحكم المبدل

فيكون مشتركا بينهما، ولو صالحه على الجميع أحدهما على مائة وضمن تسليم شريكه فلشريكه الخيار ولا يرجع الشريك على المصالح إذا لم يسلم نصيبه؛ لأنه لم يصح ضمانه؛ لأن التسليم ليس بواجب على صاحبه؛ لأن الصلح في نصيبه موقوف على إجازته فله أن لا يجيزه ولا يسلمه فقد ضمن ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، فإذا لم يجز الصلح في نصيب شريكه هل للمدعى عليه الخيار في نصيب المدعِي بين الفسخ والإمضاء لما لم يسلم له جميع المصالح عنه. ذكر في الزيادات مسألة شبه هذه فقال: لو أن عبدا بين رجلين باع أحدهما جميع العبد من رجل وضمن تسليم نصيب صاحبه فلم يسلم صاحبه نصيبه فعند أبي يوسف للمشتري الخيار في نصيب البائع إن شاء فسخ؛ لأنه لم يسلم له شرطه وفيه ضرر؛ لأن الشركة في الأعيان عيب، وعند محمد لا خيار له؛ لأنه لما اشتراه مع علمه أن نصفه لغيره يكون راضيا لعيب الشركة، ولا فرق بين عبد ودار فيجب أن تكون مسألة الدار على هذا الخلاف. صالح من دعواه في دار على أرض فغرقت قبل القبض له خيار فسخ الصلح أو يصبر إلى انحسار الماء، فإن انحسر ولم ينتقص شيء من الأرض فالصلح لازم وبمثله العبد المبيع إذا أبق ثم عاد يبقى خياره؛ لأن المصالح عليه لم يهلك؛ لأن الهلاك بخروجه من حد الانتفاع في دار الدنيا مطلقًا ولم يضر كذلك، فإنه يتصور أن ينقطع عنها الماء وينتصب ما على الأرض فيمكن الانتفاع بها ولكن وقع العجز عن الانتفاع بها في الحال فيمكن النقصان فيهما فيثبت له الخيار، فإذا نصب عنها الماء ولم ينتقص زال العيب فلزم الصلح كالعبد المبيع إذا عاد من الإباق لزم البيع فكذا هذا وهذه تدل على أن النقصان الحادث في العقار قبل القبض يكون على البائع خلافا لما يقوله بعض مشايخنا أنه يكون على المشتري؛ لأنه بمنزلة المقبوض، وإن كانت الدار المدعاة غرقت إن كان المدعى قبله مقرا بالخيار في نقض الصلح والإمضاء، وإن كان منكرا لم يكن له الخيار؛ لأنه متى كان مقرا كانت الأرض أمانة في يده ولم تصل يده إليه وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء فله الخيار كمن اشترى وديعة عنده ثم حدث بها عيب قبل القبض لا خيار له فكذا هذا، ومتى كان منكرا كانت مضمونة عليه؛ لأنه بمنزلة الغاصب وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء فكما اشترى صار قابضا فالنقصان حصل

بعد القبض فلا خيار له، وقيل هذا عند محمد رحمه الله وعندهما بخلافه؛ لأن غصب العقار عنده موجب للضمان خلافا لهما.

(المنتقى): ابن سماعة عن محمد رحمهما الله رجل ادعى دارا في يدي رجل فصالحه على ألف وخدمه عبده سنة فقبض العبد والألف ثم مات العبد قبل أن يخدمه قال يعود على دعواه؛ لأنه هلك بدل الصلح قبل القبض؛ لأن بدله هي منفعة الخدمة وقيمة الخدمة فما أصاب الألف جاز لصاحب اليد وما أصاب الخدمة فهو للمدعي؛ لأن بقدر الألف وقع الاستيفاء وبقدر الخدمة لم يقع فبطل الصلح، وإن لم يقم له بينة سلمت له الألف وبطلت حصة الخدمة وصح الصلح؛ لأنه رضي بإسقاط حقه بعوض وقد سلم له بعض العوض فصح الصلح بقدره ولم يسلم له البعض فبطل. رجل في يده دار فادعى رجل نصفها فصالحه على ألف ثم ادعى آخر نصفها فصالحه على ألف ثم استحق نصف الدار لا يرجع على واحد منهما بشيء؛ لأن كل واحد منهما يقول بقي في يدك نصفي، فإن استحق ثلاثة أرباع الدار رجع عليهما بنصف ما أخذ ابن سماعة عن محمد رحمهما الله. رجل ادعى نصف دار في يدي رجل فأقر له صاحب اليد وصالحه منه على مائة درهم ثم استحق نصف الدار لا يرجع المقضي عليه على المصالح بشيء؛ لأنه يقول استحق النصف الآخر ولم يستحق نصف المصالح عنه، وكذلك لو ادعى رجل آخر نصفها منها ولم يقل في النصف الآخر شيئًا فصالح المُدَّعَى عليه بعد إقراره له به على مال ودفعه إليه ثم استحق نصف الدار لم يرجع المقضي عليه على أحد منهما بشيء ولو لم يقر المُدَّعَى عليه ثم استحق ثالث نصف الدار وقضى له لا يرجع المقضي عليه عليهما بشيء وقضاء القاضي بالاستحقاق إذا لم يقبض المستحق وغير الاستحقاق سواء؛ لأن صاحب اليد لم يخرج من خصومة النصف المستحق ولو كان المقضي له الثاني بالنصف قبضه ثم اشتراه صاحب اليد ثم استحق ثالث نصف الدار رجع المقضي عليه على المصالح الأول وعلى المستحق الأول بنصف ما أعطاهما؛ لأنه حين اشترى من المستحق الأول ما استحقه بعد تسليمه قام مقامه فيه فكان الاستحقاق وقع على المصالح الأول والمستحق الأول. رجل ادعى نصف دار في يد رجل فأقر بأن النصف الباقي لصاحب اليد فصالحه المُدَّعَى عليه على دراهم

مسماة وعلى أنه منكر لدعواه ثم استحق من الدار شيء ثم ادعى عليه بالخيار إن شاء رجع بحصته ذلك على المدعي، وإن شاء رجع بجميع ما دفع إليه وكان للمدعي على دعواه بمنزلة البيع إذا أقر المدعِي أن الدار نصفها له ونصفها للذي في يديه. رجل ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على أمة ودفعها إليه فأولدها ثم استحق الدار والأمة معًا أو متعاقبًا قال: يرجع صاحب اليد على المُدَّعَى عليه بما عزم من قيمة الولد؛ لأنه لم يعطه الأمة ثمنا فصار كالهبة.

(باب الصلح في الدين)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على جنس حقه.

والثاني: في الصلح على خلاف جنس حقه.

(فصل)

أصله: أن الدين إذا كان يستوفيه المدعِي أدون من حقه فهو إسقاط وحطيطة، وإن كان يستوفيه زائدًا على حقه قدرًا أو وصفًا أو ما هو في معنى الزيادة كتعجيل المؤجل، فإنه يعتبر معاوضة؛ لأن هذه الزيادة غير مستحقة، ولا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فيعتبر معاوضة، والصلح متى وقع على جنس ما هو مستحق بعقد المداينة يجعل استيفاء، فإن لم يمكن أن يجعل استيفاء يكون صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف ثم المسائل لا تخلو: إما أن كان الدين حالا أو مؤجلا، فإن كان حالا فصالح من دينه وهو دراهم على بعضه عاجلا أو آجلا جاز؛ لأن الصلح على جنس حقه استيفاء للبعض وحط الباقي وذلك جائز، وإن صالح على ذهب ثم افترقا قبل القبض بطل الصلح؛ لأن الصلح على خلاف جنسه مبادلة فيكون جنسا فيشترط القبض قبل التفريق، وإن كان عليه ألف درهم جيدة فصالح منها على خمسمائة جيدة أو رديئة جاز ويكون استيفاء للبعض وإبراء للبعض، وإن صالح على ألف جيدة أو رديئة جاز ويكون استيفاء العين حقه وإبراء عن الصفة، وإن صالحه على أكثر من الألف الدين لا يجوز؛ لأنه لا يمكن أن تكون الزيادة عوضا عن الجودة

فيجعل صرفا فالتساوي شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس، وكذلك لو صالحه على ألف درهم رديئة أو مكسرة على خمسمائة جيدة أو صحيحة لا يجوز مستحق الرديء لا يستحق الجيد فلا يمكن أن يجعل استيفاء فتكون صرفا، وبيع ألف درهم رديئة بخمسمائة جيدة لا يجوز؛ لأنه ربا، وإن صالحه عن ألف سود حالة على ألف بيض مؤجلة لا يجوز لأنهما قصدا بهذا الصلح أن تصير الجودة حقا للطالب ولا تصير حقا له إلا بالمصارفة وكانت هذه مصارفة إلى أجل فلا يجوز؛ ولأن الافتراق حصل عن دين بدين، فإن كان الدين ألف سود مؤجلة فصالحه على ألف بيض حالة جاز إذا قبضها في المجلس؛ لأنه ليس باستيفاء بل هو مصارفة، فإذا وجد التقابض وهما من جنس واحد جاز؛ لأن الجودة لا قيمة لها عند معاملتها بجنسها، وإن صالحها على ألف بيض حالة على ألف سود مؤجلة جاز كيف ما كان؛ لأن هذه ليست بمصارفة؛ لأنه أمكن أن يجعل استيفاء لأصل حقه وإسقاطًا لحقه في الجودة والأجل وإن صالحه على ألف بيض مؤجلة على ألف سود حالة لا يجوز، وإن لم تكن هذه مصارفة؛ لأن الصلح وقع على جنس حقه وفيه إبراء جودة من المدعِي والإبراء صحيح من غير اعتبار المصارفة إلا أنه اعتاض عن الأجل والاعتياض عن الأجل باطل فأما إذا كان الدين مؤجلا فصالحه على بعضه معجلا؛ لأن صاحب الدين لا يستحق المعجل ولا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فصار عوضا عنه وبيع خمسمائة بألف لا يجوز ولأن المعجل خير من المؤجل في المالية فيكون ما أخذ أفضل ما أوجب عليه فتكون هذه الزيادة بإزاء ما حط عنه فيكون اعتياضًا عن التأجيل وذلك حرام.

(فصل)

لو كان دينه ألف درهم حالة فصالحه على خلاف جنسه بأن صالح من الدراهم على الدنانير إن وجد التقابض في المجلس يجوز وإلا فلا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء لاختلاف الجنس فيجعل صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف.

ولو صالح من دراهم على دنانير مؤجلة لا يجوز؛ لأن هذا افتراق عن دين بدين ولأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فيجعل مصارفة؛ لأنها مبادلة ذهب بفضة

والمصارفة إلى أجل لا تجوز، وكذلك لو صالحه على طعام في الذمة وافترقا قبل القبض يبطل؛ لأن الطعام متى قوبل بالدراهم يكون مبيعًا والمبيع لا يجب دينا في الذمة إلا بطريق السلم ولم يوجد قبض رأس ماله في المجلس فيفسد ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه منها على عشرة دنانير لا يجوز؛ لأن ما يخص المائة صرف ولم يوجد قبض أحد بدليه وما يخص الكر استبدال بالسلم فيه قبل القبض إن اعتبر بيعًا أو استبدال برأس مال السلم بعد الإقالة إن اعتبر إقالة وكلاهما لا يجوز.

وإن كان رأس المال جنسه دنانير فصالحه على عشرين دينارًا جاز؛ لأن فيما يخص المائة صرف وقد وجد قبض بدليه في المجلس وفيما يخص السلم إقالة لأنهما لما جعلا خمسة الدنانير بإزاء السلم علم أنهما أرادا بالصلح الإقالة فيما يخص السلم على رأس المال لأنهما ذكرا مقدار رأس مال السلم فدل تقديرهما برأس المال على أنهما أرادا الإقالة وقبض رأس المال في مجلس الإقالة ليس بشرط ولو لم يجعلا خمسة دنانير بإزاء السلم هل يجوز الصلح في الكل إذا نفذ عشرين لم يذكره محمد رحمه الله وقد اختلف المشايخ فيه قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: بأنه لا يجوز وهو أن الصلح حقيقة للتمليك المبتدأ إلا أنه يحتمل الإقالة مجازا من حيث إنه لفظ عام كالهبة والكلام لحقيقته ما لم تثبت إرادة المجاز بدليله ولم تثبت إرادة الإقالة متى لم يثبتا، فإن السلم قدر رأس المال فبقيت العبرة للحقيقة وحقيقة الصلح للتمليك المبتدأ لا للفسخ فصار لفظ الصلح والبيع سواء وقال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: بأنه لا يجوز؛ لأن الصلح، وإن كان حقيقة للتمليك ولكن يحتمل الفسخ والإقالة مجازا والكلام متى تعذر العمل بحقيقته يحمل على مجازه صونا له عن اللغو، فإن لم يوجد إرادة المجاز وهنا متى حمل الصلح على حقيقته وهو التمليك يصير مستبدلًا بالمسلم فيه قبل القبض وذلك لا يجوز، ومتى حمل على الإقالة مجازا يصح الصلح فحمل على الإقالة حملًا لكلامه على الصحة كما لو وهب المشتري المبيع من البائع قبل القبض اعتبر إقالة، وإن كانت تمليكًا تصحيحًا للعقد فكذا هذا صالح على كر حنطة دين بنصف

كر بغير عينة وتفرقا قبل القبض جاز؛ لأن الصلح على جنس الحق استيفاء للبعض وإسقاط للبعض فقد أبرأه عن البعض واستوفى البعض فجاز.

(باب إقامة البينة من المدعِي أو المُدَّعَى عليه بعد الصلح)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إقامة البينة من المدعِي.

والثاني: في إقامة البينة من المدعَى عليه.

(فصل)

ولو صالحه على نصف دار على أن يبرأ من النصف الباقي، أو قال: أصالحك على أن لا حق لي في النصف الباقي ثم أقام البينة على الدار كلها يقضي له بجميع الدار، إلا أن يكون قال بعد الصلح: لا حق لي في النصف الباقي على وجه الإقرار؛ لأن بإقامة البينة ظهر له الملك في الدار من الأصل والإبراء والإسقاط عن الأعيان لا يصح فتبين أن الصلح كان باطلا، فأما الإقرار بنفي الملك والحق عن الأعيان يصح، فإذا ادعى قبل الصلح رجل دارا وألف درهم فصالحه على خمسمائة والنصف من الدار ثم أقام البينة على خمسمائة والدار لا يقضى له بشيء من الألف ويقضى له ببقية الدار؛ لأن الصلح على بعض حقه إسقاط لحقه للتبعيض وإسقاط الدين يصح ولا يبطل بإقامة البينة وإسقاط العين لا يصح، وإن أقام البينة على جميع الدار وثلث الخمسمائة لا يقضى له بشيء؛ لأنه ما زاد على ثلث الدراهم فهو يفصل الدار فتكون عوضا عن الدار فيكون الصلح في حق الدار معاوضة وتبعا فلا تبطل بإقامة البينة.

(فصل)

(**المنتقى**): هشام عن محمد رحمهما الله: لو أقام المُدَّعَى عليه البينة أن المدعِي أقر قبل الصلح أو قبل قبض بدله ليس له على فلان شيء فالصلح ماض؛ لأن المُدَّعَى عليه إنما صالحه على اعتبار أنه افتدى بيمينه بالصلح وافتداء اليمين بالمال

جائز فكان إقدامه على الصلح اعترافا منه بصحة الصلح فدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى والبينة لا تقبل بدون صحة الدعوى، ألا ترى لو نكل المدعى عليه عن اليمين فقضى القاضي بالمال عليه للمدعي ثم أقام المُدَّعَى عليه البينة على إقرار المدعِي قبل القضاء بأنه لا حق له عليه لم يقبل فكذا هذا بخلاف ما لو قضى عليه بالمال ببينة ثم أقام البينة أن المدعِي أقر قبل القضاء أنه ليس له عليه شيء بطل المال عليه؛ لأنه لم يوجد من المُدَّعَى عليه الاعتراف بالمال فصحت دعواه فتقبل بينته، وإن أقام البينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء؛ لأنه زعم أنه أخذ من الدين صالحه عليه أخذه بغير حق فيجب عليه رده بخلاف الإقرار قبل الصلح؛ لأنه يجوز أن يجب له عليه حق بعد إقراره، وإن كان القاضي علم بأن الرجل قد كان أقر عنده قبل الصلح بأنه ليس له عليه شيء بطل الصلح وعلم القاضي هنا بمنزلة الإقرار بعد الصلح، ولو ادعى دارا في يدي رجل فصالحه على ألف درهم على أن يسلمها ذا اليد ثم أقام ذو اليد بينة أنها له أو كانت لفلان اشتراها منه أو كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له فليس له أن يرجع في الألف، ولو أقام البينة أنه اشتراها من الطالب قبل الصلح قبلت بينته وبطل الصلح؛ لأن في الأول في حق المُدَّعَى عليه افتداء عن اليمين فلا يستطيع أن يرجع فيه وفي الثاني ادعى تلقي الملك من المدعِي ويجوز أن يكون ملك المدعِي تلقي الملك من جهته، ولو لم يقم البينة على الشراء ولكن أقام البينة على صلح صالحه على دار قبل هذا أمضيت الصلح الأول وأبطلت كل صلح بعد صلح فالثاني باطل وكل صلح بعد شراء فالصلح باطل وكل شراء بعد صلح فالشراء جائز والصلح باطل وكل شراء بعد شراء من واحد فالشراء الأول باطل والثاني جائز.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم وأقام الطالب البينة أنه صالحه منها على مائة درهم وهذا الثوب، وأقام المطلوب البينة أنه أبرأه منها فالبينة بينة الصلح لأني أجيز الصلح في الثوب، وإذا أجزته فيه أجزته في المائة؛ لأنه لا يتجزأ فيجوز في بعضه ولا يجوز في بعضه، ولو أقام الطالب البينة أنه صالحه منها على مائة فقط كانت بينة البراءة أولى؛ لأن كلتا البينتين توجبان البراءة وبينة

المطلوب توجب زيادة براءة فكانت أكثر إثباتا وكانت أولى، وفي الأول إحداهما توجب البراءة والأخرى توجب المعاوضة في الثوب فكانت البينة المبينة للمعاوضة أولى؛ لأنها أكثر إثباتا ومتى قبلت في الثوب قبلت في المائة ضرورة.

وذكر في (المنتقى) في موضع آخر: إن بينة الطالب تقبل على الثوب خاصة وتقبل بينة المطلوب على البراءة، فإن استحق الثوب أو وجد به عيبًا فردّه رجع بتسعمائة وجازت بينة المطلوب على البراءة من المائة الفاضلة.

(باب الصلح على بعض دينه على أن يعجل الباقي)

(قال رحمه الله في المبسوط) مسائله على أوجه:

الأول: لرجل على آخر ألف فصالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة ولم يوقت جاز ويبرئ أعطى أو لم يعط؛ لأن كلمة على لتعليق الإيجاب بالقبول لا لتعليقه بفعل الإعطاء، كما لو قال لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألفًا صار الطلاق معلقا بالقبول لا بالإعطاء، حتى لو قبلت ولم تعطه يقع فقد علق البراءة بقبول الغريم إعطاء الخمسمائة لا بإعطائه فهذا جائز؛ لأن تعليق البيع يحظر القبول جائز فتعليق البراءة أولى.

والثاني: لو صالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة اليوم وعلى أنك إن لم تنقد اليوم فالألف عليك، وإذا لم تنقد اليوم بطل الحط؛ لأنه علق البراءة بالقبول ثم علق بعض البراءة بعدم النقد في اليوم وهذا جائز؛ لأن تعليق البيع بعدم النقد جائز، كما لو باع عبدًا بألف على أنه إن لم ينقد الثمن اليوم فلا بيع بينهما جاز، وإذا لم ينقد بطل البيع فكذا هذا.

والثالث: لو صالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة اليوم وسكت، فإن أعطاه سقط عنه ما قال وإلا يعود المال كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعود إلا نصفه.

له: أن الإبراء حصل مطلقًا؛ لأن أداء الخمسمائة كان واجبًا عليه للطالب قبل الصلح وما كان واجبًا للطالب لا يصلح عوضًا عن حقه فكان إبراء بغير عوض فلا

ينفسخ الصلح بعدم النقد، كما لو قال بعتك بألف على أن تعجل اليوم فلم يفعل لهما أن الإبراء حصل بشرط مرغوب فيه منتفع به وهو تعجيل الخمسمائة؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى المال في بعض الأوقات حاجة ماسة وضرورة داعية إليه فيحط بعض الدين عن غريمه ليسارع في إيفاء الباقي فيسد حاجته ويدفع ملمته وهذا هو المتعارف عند الناس احترازا عن المماطلة فتتقيد البراءة بسلامته كما إذا أبرأه على عوض مسمى، فإذا فات الشرط بطل الإبراء والحط، كما لو قال حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني اليوم كفيلا أو رهنًا بالباقي ولم يعطه بطل الحط.

ولو قال: إن أديت إليّ خمسمائة أو متى أديت أو نحوه فأنت بريء من الباقي لم يبرأ؛ لأن هذه براءة معلقة بالشرط؛ لأن صيغته للشرط حقيقة وتعليق البراءة بالشرط باطل.

ولو قال: أصالحك على أنك إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي.

(فصل)

أصله: أن الطالب متى أحل دينًا ليعجل دينا لم يؤجله جاز وإن شرط ما لم يعجله ليتعجل من الدين المؤجل لا يجوز؛ لأنه متى أجل دينا ليتعجل ماله فعجَّله لم يكن اعتياضًا عن الأجل، بل كان تبرعًا بالأجل من جانبه لا معاوضة؛ لأن المعاوضة أن يستفيد كل واحد منهما ما لم يكن مستفادًا لهما قبل ذلك والمطلوب هنا إن استفاد الأجل فالمطلوب لم يستفد بإزائه شيئًا وهي المطالبة بما شرط تعجيله؛ لأنه كان ثابتًا له قبل التأجيل على آخر دين مؤجل فصالحه على بعضه على أن يعجل لا يجوز؛ لأنه أجل دينا ليتعجل ما ليس له تعجيله فكان باطلا. صالح من ألف مؤجلة سنة على أن يعجل خمسمائة ليزيد في الأجل لا يجوز؛ لأنه أجَّل دينًا ليتعجل ما ليس له تعجيله فكان اعتياضًا عن الأجل، ولذلك لو صالحه على ألف حالة على أن يعجله خمسمائة أجود من حقه ليؤجله في الباقي لم يجز معه كفيل فصالحه على أن يبرئ الكفيل الذي معه وعلى أن يدخل معه في الكفالة رجل آخر وعلى أن يزيد في الأجل شهرا جاز؛ لأنه لما برئ الكفيل الأول عن الكفالة صار كرجل له دين مؤجل على آخر ليس به كفيل زاد له الطالب على الأجل عن أن يعطيه كفيلا وذلك جائز فكذا هذا.

(الفتاوى): عن محمد رحمه الله: لو قال أنت بريء من خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة غدا جاز، وفي الصلح أنت بريء من النصف على أن تؤدي النصف إلي جاز؛ لأن البراءة قد وجدت قبل الأداء.

ذكر الحسن في (المجرد): عن أبي حنيفة رحمهما الله: في رجل له على رجل ألف درهم غلة حالة فصالحه منها على تسعمائة درهم غلة على أن يعطيها إياه قبل الليل فلم يعطها إياه حتى جاء الليل قال الصلح لهم وليس عليه إلا تسعمائة.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله قال: بطل الصلح ورجع المال بحالة، وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح إلا أن يكون شرط إن لم يعطه في هذا الوقت فالمال عليك؛ لأنه علق البراءة بقبول الإعطاء تسعمائة لا يفعل الإعطاء فهذا جائز لما بينا في صدر الباب.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: لو قال: أصالحك منها على تسعمائة درهم، وإن لم تعجلها لي قبل الليل فالألف كلها لي عليك كان الصلح جائزا، فإن لم يعطه التسعمائة حتى جاء الليل بطل الصلح وهذه موافقة لرواية أبي يوسف وهو الصحيح لما بينا. رجل قال لغريمه: حططت عنك خمسمائة من الألف التي لي عليك على أن تعطيني الخمسمائة الباقية رأس الشهر وقال الذي عليه بل حططت من غير شرط فالقول قول المطلوب؛ لأن الطالب قد أقر بالحط وادعى الشرط والمطلوب ينكر الشرط فيكون القول له.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم فقال عجل لي مائة وأنت بريء من الباقي قال: إن أعطاه المائة قبل أن يتفرقا فهو بريء وإن تفرقا قبل أن يقبض بطل ذلك؛ لأنه معاوضة وبيع؛ لأنه قيّد البراءة بشرط تعجيل المائة فيكون إعطاء المائة عوضا عن البراءة فما لم يتحقق الإعطاء لا تقع البراءة.

(باب الصلح عن المنافع أو عليها)

(المبسوط): ولو صالحه من عين أو دين على خدمة عبد بعينه أو سكنى دار أو زراعة أرض أو ركوب دابة بعينها وقتًا معلومًا أو إلى مسافة معلومة جاز ويكون

إجارة؛ لأن في زعمه أنه يأخذ المنافع عوضا عن المدعى به فيصير في حكم الإجارة إن كان الصلح عن الإقرار من الجانبين، وإن كان عن إنكار فمن جانب المدعي فكل حكم عرف في الإجارة في موت المتعاقدين وهلاك المستأجر والاستحقاق فهو الحكم هاهنا إلا أن في الصلح عن إقرار المتعاقدين يرجع إلى المدعى به وفي الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى.

ولو ادعى حقا في دار فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطح منها سنة جاز، قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو استأجره جاز؛ لأنه استأجر العلو للسكنى في الليالي واستئجار العلو للسكنى في الأيام جائز فكذلك في الليالي.

وذكر في كتاب الإجارات: أنه لا تجوز إجارته؛ لأنه لا يجوز بيعه، وقد اختلف الجواب لاختلاف الوضع. ففي الصلح وضع في سطح فيه بناء وإن قل، وفي الإجارات وضع في سطح لا بناء فيه ولا حاجة إلى هذا التأويل، فإن غير المحجر والمبنى يمكن السكنى والبيتوتة عليه بخيمة أو بخباء تصرف فيه فصار كما لو استأجر صحن البيت منها صالحه من دعواه في دار على طريق منها إن صالحه على رقبة الطريق جاز؛ لأن بيعها وإجارتها جائز فكذلك الصلح عليها، وإن صالحه على ممر الطريق ذكر في الزيادات أنه لا يجوز.

وروي عن محمد رحمه الله: أنه يجوز؛ لأن في جواز بيع الممر روايتين فكذلك في جواز الصلح عليه صالحه على مسيل ماء أو على أن يضع كذا كذا جذعًا على حائط لا يجوز؛ لأنه صالح من مجهول على مجهول؛ لأنه جعل بدل الصلح مجرد المنفعة وهو حق المسيل ووضع الجذع فإنها مجهولة؛ لأنه لم يذكر له وقتا، ولهذا لا يصلح عوضا في البياعات والإجارات لكونها مجهولة فكذلك لا يصلح بدل الصلح. فأما إذا وقّت لذلك وقتا هل يجوز؟ لم يذكره محمد رحمه الله.

ورُوي عن الكرخي أنه قال يجوز، فإنه لو استأجر حائطًا ليضع عليه الجذوع أو استأجر طريقًا ليمر فيه مدة معلومة جاز؛ لأن المانع من الجواز هي الجهالة وقد زالت ببيان المدة ولكن بقي جهالة مقدار.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه لا يجوز؛ لأن الجهالة إن زالت ببيان المدة

ولكن بقي جهالة مقدار المعقود عليه، فإن المعقود عليه أيضًا مجهول بعد بيان المدة وذلك يمنع جواز الصلح، ولو صالح على عشر نهر يجوز؛ لأن بيع عشر النهر جائز لكونه معلومًا فكذا يجوز الصلح عليه.

ولو صالحه على شرب يوم من النهر لا يجوز وكذلك على ثمرة نخلة أو علت عنده ثلاث سنين لكونه مجهولا في نفسه، فإنه يزداد وينتقص جذوعه وإن يبني عليه حائطًا معلومًا ويحمل عليه جذوعًا معلومة لا يجوز كما لو صالح من الدعوى في دار على أن يضع على حائط من حيطانها جذعًا لا يجوز ؛ لأنه صلح وقع على منفعة مجهولة؛ لأنها مؤبدة غير مؤقتة والصلح على منفعة مجهولة باطل كما لو صالح على مسيل أو شرب صالح من بيت على سطحه لا يجوز؛ لأنه صلح وقع على الهواء مقصورا؛ لأن السطح اسم للهواء؛ لأن السطح عبارة عن الجانب الأعلى والجانب الأعلى من البيت إنما هو الهواء، ولهذا لو قال بعتك السطح وأجرتك لم يجز؛ لأنه باع أو أجر الهواء والهواء مجرد الحقوق ومجرد الحقوق لا يصلح عوضا في الشرع في المعاوضات فكذلك في المصالحات بخلاف ما لو صالح على أن يثبت على سطحه شهرًا لأن بذكر البيتوتة صار السقف مذكورًا؛ لأن البيتوتة إنما تتحقق على السقف لا على الهواء فصار السقف مذكورًا بمقتضى ذكر البيتوتة فصار كما لو قال أجرتك السطح مع السقف شهرًا لتبيت عليه جاز حتى لو كان على السطح بيت أو حجر واصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز؛ لأنه إنما أراد بالعلو البيت المبني عليه لا الهواء ولو تدلى غصن شجرة في دار جاره فللجار أن يقطعه إن لم يمكنه التدالي في ملكه؛ لأن هواء داره ملكه ولا يمكنه تفريغ هوائه إلا بالقطع ومتى قطعه فهو لمالكه ولا ضمان عليه لما مر في كتاب الدعوى.

ولو صالحه على دراهم كتركة لم يجز بخلاف ما لو كانت ظلة على سكة غير نافذة فصالح صاحبها مع أهل السكة على دراهم ليتركوها جاز وفي كلا الموضعين الصلح وقع على الهواء والفرق أن للناس تعاملًا في باب الظلة لحاجتهم إلى ترك الظلة على حالها ولا تعامل في ترك السقف والغصن وبيع الهواء للبناء وفي الصلح

على السطح لعدم حاجتهم إلى ذلك فجوّز لما فيه من تعامل لدفع حاجتهم ولم يجز ما لا تعامل فيه ورددناه إلى ما يقتضيه القياس وهو أن لا يجوز بيع الهواء مقصودًا والله أعلم.

(باب التصرف في بدل الصلح)

(المبسوط): صالح من دعواه في بيت على سكنى شهر ثم أجره المدعِي من المُدَّعَى عليه جاز عند أبي يوسف، ولم يجز عند محمد رحمهما الله بناء على أن عنده هذا الصلح إجارة من كل وجه وإجارة المستأجر من الأجر لا تصح؛ لأنه مالك للرقبة فيملك المنفعة بحكم ملك الرقبة لا بحكم الإجارة، فإذا قبض المُدَّعَى عليه البيت حتى مضت مدة الصلح انتقض الصلح ورجع المدعِي إلى دعواه؛ لأنه لم يستوف المنفعة في مدة الصلح، وعند أبي يوسف ليس هذا في معنى الإجارة بل يعتبر استيفاء لعين حقه باعتبار زعم المدعِي، فإن في زعمه أنه مستوفي عين حقه وليس بمستأجر فالقول قوله فيما في يده بعد الصلح؛ لأن اليد بعد الصلح صارت للمدعي وقول المُدَّعَى عليه أن الصلح معاوضة وأنه بدل السكنى عوضًا عن اليمين لا يكون معتبرا شرعا بعد الصلح؛ لأنه لا قول له شرعا فيما في يد غيره فيحكم بالجواز بناء على زعم المدعِي، وإن كان فاسدا في زعم المُدَّعَى عليه كما لو اشترى عبدًا أقر بحريته، ولو صالحه صاحب الدار من هذه السكنى على دراهم معلومة جاز، أما على قول أبي يوسف فظاهر؛ لأنه لما جاز إجارته منه فلأن يجوز صلحه أولى.

وأما على قول محمد ينبغي أن لا يجوز كما في الإجارة وقيل يجوز عنده والفرق له بين الإجارة والصلح أن الصلح عن المنفعة مع صاحب الرقبة أمكن تجويزه بطريق الإسقاط إن تعذر تجويزه باعتبار التمليك كالموصى له بالخدمة إذا صالح عن الخدمة مع الورثة على مال جاز؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الإسقاط وكذا هذا. وزعم المدعِي أنه ملك هذه المنفعة بغير عوض بطريق استيفاء حقه وكان قابلا للإسقاط فيصحح بطريق الإسقاط فأما إجارة المستأجر من الآجر لا يجوز كالمملوك بالوصية يجوز الصلح عنه ولا يجوز الإجارة فلأنه يجعل كأنهما

تركا الصلح الأول واصطلحا على هذه الدار؛ لأن الصلح يجب تجويزه ما أمكن بخلاف الإجارة؛ لأنه لا يمكن تجويزها إلا بطريق التمليك بعوض ذلك لا يجوز من الأجر، ولو باع هذا السكنى من رجل أو من المدعى عليه لم يجز قيل إنما لم يجز؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع وقيل الإجارة تنعقد بلفظ البيع إلا أنه لم يذكر المدة والإجارة من غير ذكر المدة لا يجوز. صالحه من دم عمد على عبد جاز بيعه قبل القبض؛ لأن دم العمد ليس بمال فلا يكون بدله مبيعًا قبل القبض فجاز بيعه، ولو صالحه من دار على عبد لا يجوز؛ لأنه بيع المبيع قبل القبض؛ لأن عند محمد رحمه الله الصلح على المنفعة إجارة، وعند أبي يوسف معاوضة من وجه استيفاء من وجه. فمن حيث إنه معاوضة وبيع المنفعة لا يجوز بيعه قبل القبض من حيث إنه استيفاء يجوز فوقع الشك في الجواز فلا يجوز بالشك أو يرجح جانب المعاوضة احتياطًا من الحرمة؛ لأن بيع المبيع قبل القبض منهي عنه.

ولو صالحه من الدار على مكيل أو موزون في الذمة جاز الاستبدال عنه؛ لأنه يكون ثمنا ولا يكون مبيعًا. فالتصرف في الثمن قبل القبض جائز حتى لو كان المكيل والموزون عينًا لا يجوز الاستبدال به؛ لأنه يكون مبيعًا.

(باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال)

(المبسوط): لرجل ظلة على الطريق فخاصمه رجل فأراد نقضها فصالحه فلا يجوز إما أن كان الطريق نافذًا أو غير نافذ، وكل وجه لا يخلو: إما أن وقع الصلح عن الترك أو على الطرح، وحال الظلة لا يخلو من **ثلاثة أوجه**، إما أن علم كونها قديمة أو حديثة أو لا يعلم حالها، فإن كانت الظلة على طريق نافذ فخاصمه رجل فأراد طرحها فصالحه على الترك لا يجوز سواء كانت قديمة أو حادثة أو لا يعلم؛ لأن هذا الصلح معاوضة ولا يمكن تصحيحه باعتبار المعاوضة؛ لأن المخاصم في هذا الطريق شركة عامة والشريك في الشركة العامة لا يملك الاعتياض عن نصيبه كواحد من العاملين من مال بيت المال لا يجوز؛ لأن شركته شركة عامة ولا يصيبه شيء منتفع به، فأما إذا صالح مع الإمام جاز إذا رأى في ذلك صلاحا للمسلمين

ويضع بدل الصلح في بيت المال؛ لأن الاعتياض من الشركة العامة جائز من الإمام، كما لو باع شيئًا من بيت المال، فأما إذا صالحه على الطرح، فإن كان المخاصم دفع المال لدفع ظلته جاز إن كانت قديمة، وإن كانت حادثة لا يجوز وهذا الصحيح؛ لأنها متى كانت قديمة فالصلح، فإن ورد على إتلاف ملكه وهو رفع الظلة عن جداره؛ لأن أحد طرفي الظلة يكون على ملكه ولكن لعامة المسلمين فيه منفعة من جهته وهو تفريغ هواء طريقهم الذي كانت تحت الظلة والصلح على إتلاف الملك إذا كان يحصل لغيره منفعة من جهته جائز كما لو أعتق عبده على مال ومتى كانت الظلة حديثة فلم يحصل لأحد منفعة من جهته بسبب إتلاف ملكه؛ لأن في رفع أحد طرفي الظلة؛ لأن للإمام رفعه عن جداره فراغ ملكه وليس لغيره في ذلك منفعة من جهته فكان بمنزلة ما لو صالحه لرفع بنائه في دار لا يجوز؛ لأنه صلح وقع على إتلاف ملكه من غير أن يتضمن منفعة لغيره فكذا هذا، وإن كان لا يعلم حالها فأعطاه المخاصم دراهم ليطرحها لا يجوز؛ لأنه متى لم يعرف حال الظلة تجعل حديثة، ولهذا كان للإمام حق الرفع، ولو صالحه على أن يعطي دراهم إلى المخاصم لرفع الظلة يجوز كيف ما كانت؛ لأنه صار مستأجرًا للمخاصم لرفع ظلته بمال معلوم فصار كما لو استأجر غيره، فأما إذا كانت الظلة على طريق غير نافذ وأخذ المخاصم دراهم ليتركها لا يجوز إن كانت قديمة؛ لأن ترك الظلة حقه؛ لأنه ليس لأحد من الشركاء رفعها فالاعتياض عن حق نفسه لا يجوز، وإن كانت حديثة، فإن كان في السكة معه غيره فصالحه على الترك من نصيبه جاز؛ لأن بعض هذا الطريق ملك المصالح بشركة خاصة والشريك في الشركة الخاصة ملك الاعتياض عن نصيبه كما لو باع نصيبه جاز. ثم إن الشركاء إن تركوا الظلة سلم له بدل جميع الصلح؛ لأن المصالح عنه لم تستحق على المصالح، وإن رفعوا الظلة هل يرجع صاحب الظلة على المصالح بجميع البدل فقد اختلفوا فيه لما تبين، وإن أضاف الصلح إلى جميع الظلة يصح في نصيبه ويتوقف في نصيب شركائه؛ لأنه اعتاض عن حقه وعن حق الشركاء كما لو باع عبدًا مشتركًا، فإن أجاز شركاؤه جاز في الكل فيكون البدل بينهما، وإن لم يجوزوا الصلح ورفعوا الظلة يكون لصاحب الظلة أن

يرجع على المخاصم بحصة شركائه فهل له أن يرجع على المخاصم بحصته؟ اختلف المشايخ فيه قيل له ذلك؛ لأن الصلح وقع على ترك الظلة ولم تسلم لصاحبه شيء من ذلك بل المستحق عليه كله ولا يسلم للمصالح شيء من البدل كما لو استحق المبيع كله، وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأن هذا الصلح إنما وقع على أن يثبت لصاحب الظلة حق في نصيب المصالح من الطريق وهو حق قرار الظلة في نصيبه وقد سلم له ذلك فصار كما لو اشترى نصيبه ونصيب شركائه ولم يجز شركاؤه لا يرجع بحصة البائع فكذا هذا، ألا ترى أن صاحب الظلة لو بنى بناء لم يكن للمصالح حق الخصومة في الطرح وإنما يكون لشركائه، وأما إذا كانت الظلة لا يعرف حالها لم يجز الصلح؛ لأنها في الحكم قديمة حتى لم يكن لأحد رفعها فكان كالجذوع الشاخصة في دار رجل إذا كانت لا يدرى أنها قديمة أو حديثة لا يكون لصاحب الدار رفعها فكذا هذا بخلاف ما لو كانت الظلة على طريق العامة ولا يدرى حالها فإنها تجعل حديثة حتى يؤمر بطرحها وهذا كله إذا صالحه على الترك، فإن صالحه على الطرح والرفع، فإن كان المخاصم دفع المال ليرفع وهي قديمة جاز؛ لأن الصلح وإن وقع على إتلاف ملكه لكن فيه منفعة لمن له حق المرور تحت الظلة وهو تفريغ الهواء، فإن كانت حديثة لم يجز؛ لأن رفعها فرض عليه؛ لأنه بنى على ما هو مشترك، ومن بنى بناء على مكان مشترك بغير إذن شركائه فالرفع مستحق عليه وكذلك هنا رفع الظلة مستحق عليه فلا يجوز أخذ العوض لرفعها.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر المعروف بجواهر زاده في (**شرح المبسوط**) وقال: يجوز هذا الصلح نص عليه في الكتاب؛ لأنه أخذ العوض على إتلاف ملكه وفي ذلك منفعة لغيره؛ لأن في تفريغ الهواء منفعة لمن له حق المرور تحت الظلة وأخذ العوض على إتلاف ملكه جائز إذا تضمن منفعة لغيره، فأما إذا لم يعلم، فإنه يجوز لما بينا وهاهنا مسألة لم يذكرها محمد رحمه الله في (**المبسوط**) وهي أنه هل يباح بناء الظلة على طريق العامة وهل يأثم بالبناء.

ذكر الطحاوي رحمه الله وقال: يباح له ذلك إلا إذا خوصم في رفعها ومنع من ذلك لا يباح له الانتفاع به ويأثم إذا ترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد

رحمهما الله: يباح له ذلك ما لم يضر بأحد فكأنهما اعتبرا الضرر، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الخصومة، وهذه المسألة تأتي في أول كتاب الوكالة.

(باب الصلح عن النفقة والأجرة)

(المبسوط) أصله: أن الصلح عن النفقة إن كان على شيء يجوز للقاضي تقدير النفقة به كالنقد، والطعام يعتبر تقديرًا للنفقة ولا يعتبر معاوضة، وإن وقع الصلح على شيء لا يجوز تقدير النفقة به كالعبد والدابة يعتبر معاوضة؛ لأنه تعذر أن يعتبر تقديرا للنفقة فيعتبر معاوضة وتصير مبرئة زوجها عن النفقة بما أخذت من البدل؛ لأن نفقة المرأة عوض من وجه، صلة من وجه، لما مر في النفقات فلكونها صلة يعتبر الصلح تقديرًا للنفقة كنفقة الأقارب ولكونها عوض من وجه يعتبر الصلح معاوضة متى وقع على ما لا يجوز التقدير به كالأجرة. صلح المرأة زوجها على النفقة لا يخلو إما أن كان على الدراهم أو على الحيوان والثوب، فإن صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر جاز ويكون هذا تقدير النفقة منهما لا إيجابا لها؛ لأنها تجب شيئًا فشيئًا؛ لأن سببها يوجد شيئًا فشيئًا ولكن تقدير النفقة منهما جائز كما يجوز من القاضي، ولهذا لو قالت لا يكفيني هذا كان لها أن تخاصم زوجها حتى يزيدها ولو كان هذا الصلح إبراء عن النفقة لم يكن لها طلب الزيادة.

ولو صالحه من الدراهم على مَخَاتِيمِ دَقِيقٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ[1] قبل مضي الشهر يجوز وبعد مضيه لا يجوز؛ لأن الصلح الأول كان تقديرًا للنفقة والثاني أيضًا تقدير لها؛ لأنه يجوز تقدير النفقة بالطعام فتقدير الثاني يكون ناسخًا للأول فقبل مضي الشهر لم تصر النفقة دينًا فكان الثاني تقديرًا للنفقة فانتسخ التقدير الأول بصفتهما وبعد مضي الشهر صارت الدراهم دينا في ذمة الزوج فتعذر أن يعتبر الصلح تقديرا فيعتبر معاوضة فيكون معاوضة دين بدين فلا يجوز، ولو صالح امرأته على نفقتها سنة على حيوان سمى جنسه أو ثوب جاز مؤجلا وحالا؛ لأن هذا لم يجب بدلا عما هو مال؛ لأن نفقتها غير واجبة في الحال وإنما يجب بدلا عما ليس بمال وهو

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤/٢٠٥.

الاحتباس المستحق عليها بالنكاح والاحتباس ليس بمال، والحيوان يجب دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال حالا ومؤجلا كما في النكاح بخلاف ما لو صالحها بعد الفرض أو بعد تراضيهما عن النفقة لا يجوز؛ لأن النفقة وجبت لها بالفرض أو بالتراضي والحيوان لا يجب دينًا في الذمة بدلا عما هو مال. صالحها من نفقة العدة على دراهم، فإن كانت تعتد بالحيض لا يجوز، وإن كانت تعتد بالأشهر يجوز؛ لأن العدة بالحيض مدة مجهولة فكانت مدة النفقة مجهولة ولا يمكن تقدير نفقتها في كل يوم فيكون حصة كل يوم من النفقة مجهولة لا يدري الزوج بأي قدر يوفيه وهي لا تدري بأي قدر تستوفيه فتقع بينهما منازعة. ومثل هذه الجهالة تمنع جواز الصلح كما لو صالحت مع الزوج عن نفقتها ما دامت زوجة له على مال لا يجوز فأما في العدة بالأشهر فمدة النفقة معلومة فتكون حصة كل يوم النفقة معلومة فجاز الصلح. صالحت الأم من نفقة ولدها الصغير جاز؛ لأن الأب هو العاقد من الجانبين؛ لأن الأب هو الذي ولي الصلح والأب يصلح عاقدا من الجانبين، كما لو باع مال نفسه من الصبي فلأن للأم ولاية على الصغير في الحضانة والتربية ونفقة الصغير من أسباب التربية والحضانة فتكون للأم في ذلك ولاية الأمة المنكوحة المنواة بنتًا صالحت من نفقتها جاز؛ لأن النفقة حق الأمة وحق المولى؛ لأن لكل واحد منهما فيها منفعة للأمة قوام مهجتها وللمولى إحياء ماله، فكان كل واحد منهما ذا حظ من النفقة فأيهما صالح فقد صالح عن حقه فيجوز بخلاف الصلح عن المهر؛ لأنه حق المولى على الخلوص. صالح رجل امرأته من نفقتها على ثوب وقبضها فاستحقت الثوب رجعت بالنفقة إن فرض، فإن لم يفرض رجعت بقيمة الثوب؛ لأن بعد الفرض صارت النفقة دينا لها فصارت مشترية الثوب بما وجب لها من النفقة والشراء يفسخ بالاستحقاق فيرجع بالبذل وهو النفقة وقبل الفرض لم تصر النفقة دينا لها فالصلح ما وقع عن النفقة وإنما وقع على الثوب بإزاء الاحتباس فقد ملكت الثوب بإزاء ما ليس بمال فلا ينفسخ العقد بالاستحقاق فيثبت الرجوع بقيمته كما في النكاح.

(فصل)

استأجر رجلا على حنطة بعينها فصالحه منها على دراهم لم يجز؛ لأن الحنطة

إذا كانت معينة فهي مبيعة وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، قال رب الدار: أجرت شهرين بعشرة، وقال المستأجر: ثلاثة أشهر، فاصطلحا على ثلاثة أشهر على أن زيادة المستأجر درهمًا جاز؛ لأن هذه زيادة في المستأجر وفي الأجرة فكل ذلك جائز.

(باب الصلح في الصرف)

(المبسوط): صالح من مائة درهم ومائة دينار على خمسين درهما وعشرة دنانير إلى أجل جاز؛ لأن هذا حط للبعض وتأجيل للباقي وليس بمعاوضة؛ لأن الصلح على جنس الحق يعتبر حطًّا وإسقاطا للبعض ولا يعتبر معاوضة وحط الباقي وتأجيل الباقي جائز.

ولو صالح من مائة درهم وعشرة دنانير على عشرة دراهم على أن ينقد خمسين درهما في المجلس وستين درهما يكون مؤجلا ونقد خمسين درهما جاز عند أبي يوسف رحمه الله، ولا يجوز عند محمد رحمه الله؛ لأن العشرة بإزاء الدنانير صرف؛ لأن الصلح وقع على خلاف الجنس فيعتبر معاوضة فيكون صرفًا وقد شرط فيه تأجيل الدين؛ لأن قوله وستون إلى أجل يعتبر شرطًا في الصرف؛ لأنه ذكره معطوفا على الشرط الأول وهو تعجيل خمسين درهما كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وأنت راكبة والصرف متى شرط فيه تأجيل الدين يكون فاسدًا.

لأبي يوسف: أن شرط التأجيل قد بطل بالتعجيل؛ لأنه إنما كان فاسدًا؛ لأنه شرط يوجب تأخير قبض البدل، فإذا وجد قبض البدل لا ينفي ذلك الشرط معتبرًا؛ لأنه وجد قبض خمسين درهما في المجلس.

ولو وجد قبض العشرة قبل الافتراق يجوز فهاهنا أولى أن يجوز؛ لأن عشرة من خمسين بإزاء العشرة الدنانير فكان بدل الصرف مقبوضا في المجلس وزيادة فيما عدا العشرة ليس بمصارفة بل هو تأجيل للباقي. لرجل على آخر دراهم لا يعرفان وزنها وهما يقران به فصالح على دراهم مسماة جاز استحسانًا؛ لأن الصلح في الأعم والأغلب إنما يقع على الحطيطة والإغماض والتجوز بدون الحق فحالة الاشتباه تحمل على ما عليه الأعم والأغلب فيثبت كون بدل الصلح أقل من

المصالح عنه بدلالة الحال والعادة الغالبة. صالح من ألف على مائة فوجدها ستوقة أو مستحقة رجع بالمائة.

ولو كان صالح على غير الجنس يعود بحقه؛ لأن الصلح على حبس الحق استيفاء وإسقاط فصار كأنه أبرأه عما وراء المائة واستوفى المائة من غير صلح ثم استحقت رجع عليه بالمائة وكذا هذا. فأما الصلح على خلاف الجنس معاوضة فيكون صرفًا وقد ظهر أن الافتراق حصل من غير قبض بدله وبطل وكان له أن يرجع بالبدل.

(باب الصلح في الوديعة والهبة والصدقة والرهن والغصب)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في صلح المودع.

والثاني: في صلح الموهوب.

والثالث: في صلح الرهن.

والرابع: في صلح الغاصب.

(فصل)

الصلح مع المودع لا يخلو من أربعة أوجه:

الأول: لو قال المودع: لم يودعني، ثم صالح جاز؛ لأن المودع بالجحود صار غاصبًا وضامنًا فصار كأنه ادعى غصب مال والمدعى عليه يجحد ثم صالحه جاز فكذا هذا.

والثاني: لو قال: رددت الوديعة أو ضاعت وادعى المودع الاستهلاك ثم صالح لم يجز عند أبي حنيفة خلافًا لهما رحمهما الله، ولو صالح بعد الحلف لا يجوز بالإجماع.

لهما: أن دعوى الضمان باستهلاك الوديعة صحيحة واليمين متوجهة عليه والبراءة عن الضمان غير بائنة في حق المدعِي قبل الحلف؛ لأن الأمين مصدق فيما يدعي البراءة من الأمانة مع اليمين فلم يثبت فلا تثبت البراءة في حق المدعِي فصح

الصلح في حقه عوضا عن الضمان وفي حق المودع بدلا عن الخصومة والشغب له أن البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع؛ لأن الرد أو الضياع قد ثبت بقوله؛ لأنه أمين وقول الأمين حجة فيما ادعى الخروج من الأمانة قبل الحلف؛ لأنه أخبر عن أمر حادث والحادث يثبت بالخبر لا باليمين كالمعتدة إذا قالت انقضت عدتي يثبت الانقضاء بقولها، وأن يضمن إبطال حق الزوج في النكاح والرجعة إلا أنه يحلف الأمين لنفي التهمة لا لثبوت البراءة فصار كالمودع إذا قال في المرض رددت الوديعة أو ضاعت ثم مات لم يكن للمودع حق الخصومة مع الورثة، ولو لم تثبت البراءة أصلا قبل الحلف لكان له حق الخصومة مع الورثة كما لو مات شاكيًا عن ذلك.

والثالث: لو قال: قد أودعتني، وسكت ولم يدع الرد والاستهلاك ثم صالح جاز؛ لأنه لا تثبت البراءة عما ادعاه المدعِي في حقه فجاز الصلح كما في سائر الدعاوى.

والرابع: لو ادعى المودع الرد أو الهلاك والمودع لم يدع شيئًا وسكت فصالحه، ذكر الكرخي أنه لا يجوز، عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله يجوز، لأبي يوسف أن الضمان لا يجب إلا بدعوى المدعِي وقد انعدم دعوى الضمان من المودع ولا يعتبر الضمان واجبًا في زعمه والأصل عدم الضمان فما لم يثبت في حق صاحب المال بالدعوى لا يجوز الصلح بخلاف ما لو ادعى الاستهلاك؛ لأن الضمان واجب في زعمه والبراءة عن الضمان لا تثبت لمجرد قول الأمين قبل الحلف فوقع الصلح قبل ثبوت البراءة فجاز لمحمد أن سكوت المودع محتمل بين أن يكون تصديقا فيما ادعاه المدعِي وبين أن يكون تكذيبا له أي أنك لم ترد وصرت ضامنًا بالجحود إلا أنه لما أقدم على الصلح فقد يرجح احتمال التكذيب على احتمال التصديق؛ لأنه لو كان المودع رد الوديعة أو ضاعت منه لما أقدم على الصلح، فإن صاحب المال أحجمه عنه فيثبت التكذيب من المودع مقتضى إقدامه على الصلح دلالة فإن صالحه ثم ادعى الرد أو الضياع لا يقبل قوله؛ لأنه يدعي فساد الصلح ولأنه لا فائدة فيه؛ لأنه لو سبقت منه هذه المقالة الصلح لم يمنع جواز

الصلح، فإذا لحقه أولى، فإن أقام البينة فسد الصلح عندهما، وعند محمد رحمهما الله لا يفسد؛ لأن عنده فائدة في قبوله؛ لأنه وإن ثبت الرد أو الضياع قبل الصلح لا يفسد الصلح وعندهما لو ثبت الرد أو الضياع تثبت البراءة فيفسد الصلح فقد أقام البينة على فساد العقد فتقبل كأحد المتبايعين لو أقام البينة على فساد البيع، فإذا كانت الوديعة ما بين فصالح منها على مائة وهي قائمة وقامت البينة على أنها قائمة لا يجوز الصلح مقرا كان أو منكرا أو إن لم يقم بينته جاز؛ لأنه متى ثبت كونها قائمة بالبينة العادلة فقد تعذر تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن البراءة عن الأعيان باطلة وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة لما يتعين الربا.

ولو كان الصلح على إقرار والوديعة غير حاضرة لم يجز عندهما، وإن كانت حاضرة في يد المستودع جاز، لأن المودع متى كان مقرًا بالوديعة لم يصر غاصبًا وقبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء أو الافتراق في الصرف حصل قبل قبض أحد البدلين فبطل متى كانت حاضرة إن حدد قبضا في الوديعة جاز وإلا فلا.

ولو كان المودع جاحدًا للوديعة أو استهلكها جاز الصلح؛ لأنه بالجحود صار غاصبًا للوديعة وبالاستهلاك صار ضامنا لها وقبض الضمان ينوب عن قبض الشراء والجواب في الإجارة والمضاربة والبضاعة وكل شيء هو أمين فيه كما ذكرنا في الوديعة وكذلك الأجير المشترك عند أبي حنيفة رحمه الله.

(فصل)

غصب مسلم من الحربي دراهم ثم صالحه لم يجز قيل هذا قولهما لا قول أبي يوسف رحمهم الله، فإنه ذكر بعد هذا: لو أن حربيًا غصب من حربي مالا واستهلكه أو لم يستهلكه ثم صالحه لم يجز عندهما خلافًا لأبي يوسف.

وهذا بيان أن المستهلك والغاصب هل يضمن ما أخذه من الحربي عندهما يضمن خلافا له، وكذلك المسلم التاجر والذي أسلم هناك لو أتلف مال حربي أو غصب منه مالا ثم اصطلحا والمغصوب قائم أو مستهلك لا يجوز عندهما خلافا لأبي يوسف وهي تعرف في كتاب السير.

أقر الغاصب أن العبد أبق وقال الطالب بل هو في بيتك فصالحه على طعام إلى أجل لم يجز، ولو كان على عكسه جاز؛ لأن في الأول الصلح وقع عن القيمة؛ لأن القول قول الغاصب أنه أبق فيلزمه القيمة فالصلح وقع على خلاف الجنس فيكون معاوضة وأنه دين بدين فيكون باطلًا وفي الثاني الصلح وقع عن عين العبد؛ لأن القول قول الغاصب أنه حاضر في بيته؛ لأن صاحب اليد أعلم بحال ما في يده من غيره فيكون الصلح من عين على دين فيجوز.

اغتصب كرًّا فصالحه على نصف كر والطعام قائم وهو جاحد جاز؛ لأنه بالجحود صار المغصوب مستهلكا؛ لأن المالك عجز عن أخذ المغصوب فيكون الواجب مثله دينا في الذمة، فإذا صالحه على نصف كر فقد استوفى نصف الكر وأبرأه عن النصف الآخر والإبراء عن الديون جائز ولا يطيب للغاصب نصف الكر؛ لأنه متى كان الكر قائما في يده يلزمه رد النصف إلى المغصوب منه فيما بينه وبين ربه؛ لأن البراءة عن النصف الباقي في يد الغاصب حصلت وهي عين حقيقة والبراءة عن الأعيان باطلة فلا يصير ملكًا للغاصب، كما لو قال للغاصب أبرأتك عن المغصوب ينقلب أمانة في يده ولا يصير ملكًا له، فإن كان الغاصب مقرًّا وهو قادر على الأخذ فصالحه على نصفها لا يجوز استحسانًا؛ لأنه تعذر تجويز هذا الصلح بطريق الاستيفاء والإبراء؛ لأن المغصوب عين قائمة في يده يلزمه رده، والبراءة عن الأعيان باطلة ويعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأن معاوضة ملكه بملكه لا تجوز.

صالح من المغصوب إذا كان حيوانا على نصفه لا يجوز؛ لأن هذا الصلح عري عن إفادة حكمه؛ لأنه لا يفيد الملك في النصف للغاصب لما بينا ولا يمكنه تسلم نصفه؛ لأنه مما لا يمكن قسمته فيحتاجان إلى التصافي فيقع الكل في يد المدعِي في نوبته فيمسكه؛ لأن الكل بقي على ملكه ويحل له ذلك فيما بينه وبين ربه ولأنه لما وقع الاتفاق على قيام نصفه فقد وقع الاتفاق بينهما على قيام كله؛ لأنه لا يتصور أن يكون نصفه قائمًا ونصفه هالكا فيكون هذا الصلح إبراء عن النصف الآخر وهو عين قائمة فلا يصح بخلاف المكيل والموزون، فإنه يتصور قيام نصفه

وهلاك نصفه فلا يكون اتفاقهما على أحد النصفين اتفاقا على قيام النصف الآخر بالجحود وصار النصف مستهلكًا فصار مثله في ذمته دينا. صالح المسروق منه السارق على مائة على أن يقر بالسرقة ففعل إن كانت عروضا قائمة بعينها فالصلح جائز، وإن كانت مستهلكة لا يجوز لما ذكرنا أن إقراره بالعرض جعل عبارة عن تمليك مبتدأ فصار المدعى قبله مملكا بالعروض القائمة بالمائة الموجودة وأنه جائز، وتمليك قيمة العروض المستهلكة بالمائة الموجودة لا تجوز؛ لأن قيمة العروض المستهلكة مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن وتمليك المجهول باطل، وإن كان ذهبًا قائمًا أو مستهلكًا يجوز، وإن كان فضة قائمة أو مستهلكة لم يجز؛ لأن الصلح مبناه على الحطيطة والإغماض فيكون فيه تمليك أكثر من المائة بالمائة وذلك لا يجوز حتى لو علم أن الدراهم المسروقة مائة يجوز الصلح إذا قبضت في المجلس؛ لأنه يكون صرفا.

(فصل)

ادعى على رجل أنه وهب عبده الذي في يده وقبضه وجحد الواهب ثم صالحه على شيء جاز؛ لأن في زعم المدعِي أن العبد ملكه إلا أنه ملكه من المُدَّعَى عليه بعوض لدفع أذى الخصومة والشغب وفي زعم المُدَّعَى عليه أن العبد ملكه إلا أنه افتدى عن اليمين والخصومة ببدل المال وكلاهما جائزان.

وإن قال: لم أقبض العبد فأعطاه الموهوب دراهم فأخذ نصف العبد جاز؛ لأن الزيادة من كل واحد منهما جائز؛ لأن في زعم المدعي أن العبد كله له إلا أنه ترك بعضه عليه وإعطاء هذه الدراهم قطعا للخصومة وفي زعم المدعى عليه أن العبد كله له إلا أنه باع منه بعضه بما يعطيه من الدراهم وكلاهما جائزان، ولو قال ذو اليد تصدقت بها عليّ وقال الآخر وهبتها لك فأنا أريد الرجوع فصالح على مائة جاز؛ لأن في زعم ذي اليد أن الدار صدقة عنده وليس له حق الرجوع إلا أنه يعطي المائة لقطع خصومته عنه وفي زعم المدعِي أنه وهبها منه ولي حق الرجوع ولم يأخذ منه عوضا بهذا الصلح يأخذ عوض هبته، وفي هبة الأجنبي كان للواهب أخذ العوض لقطع حق الرجوع جائز فاتفقا على جواز الصلح فصح.

(فصل)

ادعى الرهن وهو في يده وجحد الراهن وقال: دينك بلا رهن فاصطلحا على أن يهب المرتهن للراهن خمسين على أن جعله رجعيا لا يجوز؛ لأن في زعمهما فساد هذا الصلح؛ لأن في زعم الراهن أنه لم يكن رهنه وإنما يرهنه الساعة بشرط أن يهب له المرتهن خمسين درهمًا لأجل الرهن والرهن يجعل باطلًا؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء والإيفاء يجعل باطلا؛ لأنه أخذ مالا لإقامة ما هو واجب عليه ويكون إنشاؤه في زعم المدعِي أنه كان رهنًا إلا أنه لما جحد فبذل له مالا ليقر بذلك ومن أخذ مالا ليقر بحق كان عليه كان ارتشاء فيكون باطلا.

ولو صالحه على أن يبرئه من خمسين من تلك المائة على أن يقر بالرهن في يديه بخمسين درهما جاز؛ لأن في زعمهما جواز هذا الصلح؛ لأنه في زعم الراهن أنه حط عنه بعض الدين على أن يعطيه الرهن بالباقي، فإنه جائز، كما لو قال حططت عنه المائة على أن يعطيني بالباقي رهنًا جاز وفي زعم المرتهن أنه كان رهنًا إلا أنه حط عنه بعد الرهن خمسين من الدين وأنه جائز.

ولو كان في يدي الراهن فصالحه على أن يحط عنه درهما أو على أن يقرضه درهما آخر على أن يكون رهنًا به؛ لأنه حط عنه درهما على أن يعطيه رهنًا في الباقي وأنه جائز وأقرضه درهما بشرط أن يعطيه رهنًا بالقرض وبما عليه من المال وأنه جائز ويصير العبد رهنًا بالدينين في زعمهما؛ لأن الزيادة حصلت قبل قبض المرتهن الرهن والزيادة في الرهن قبل قبض الرهن جائزة ويصير الرهن رهنًا بالكل.

رهن رجل متاعًا بمائة وقيمته مائتان فقال المرتهن هلك وأنكر الراهن فاصطلحا على أن يرد عليه المرتهن خمسين وأبرأه عن المائة لا يجوز وإن لم يقل هلك يجوز كما في الوديعة؛ لأن الصلح وقع عن الزيادة على الراهن؛ لأن قدر الدين صار مسبوقا بهلاك الرهن والزيادة على الرهن أمانة في يد المرتهن، والأمين إذا ادعى الهلاك ولديه صاحب الأمانة ثم اصطلحا على شيء لا يجوز عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله يجوز، ولو لم يقل المودع شيئًا يجوز الصلح بالإجماع فلذلك المرتهن.

ولو أقر المرتهن أنه باع المتاع بمائة بإذنه وأنكر الراهن الإذن وقيمته مائتان فاصطلحا أن أبرأه من المائة وزيادة خمسين جاز كما في المودع إذا أقر بالبيع وادعى الإذن فأنكر صاحب المال الإذن فالقول له ويصير المودع ضامنا للوديعة فكذلك المرتهن صار ضامنا للزيادة على المائة لما أقر بالبيع، وإذا صالحه من ذلك على شيء جاز.

(باب الصلح في الشفعة)

(**المبسوط**): مسائله على قسمين:

أحدهما: في المصالحة عن شفعة جميع الدار.

والثاني: في المصالحة عن شفعة بعض الدار.

أما القسم الأول: فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: لو صالح الشفيع مع المشتري على نصف الدار.

والثاني: لو صالحه على بيت منها.

والثالث: لو صالحه على دراهم، أما **الأول** اشترى دارا ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لأنهما اصطلحا بعد طلب الشفعة من الشفيع صار آخذًا النصف بالشفعة ومسلّمًا الشفعة في النصف حتى كان للجار أن يأخذ النصف بالشفعة.

وإن اصطلحا قبل الطلب صار مشتريا النصف مبتدأ ومسلّمًا الشفعة في الكل حتى كان للجار أن يأخذ الكل بالشفعة؛ لأن اصطلاحهما على أخذ النصف في الحالين بمنزلة طلب النصف إلا أن طلبه النصف قبل تأكد حقه بالطلب ولا طلب بمنزلة؛ لأنه ليس له حق الطلب قبل تأكد حقه وثبوته فصار بمنزلة ما لو سكت عن الطلب، ولو سكت عن الطلب بطل حقه في الشفعة فصار مسلما الشفعة في الكل إلا أنه متى سلم المشتري إليه النصف صار آخذًا النصف شراء مبتدأ وبعدما تأكد حقه بالطلب وثبت له حق الأخذ بالشفعة لا يبطل حقه بالسكوت وبترك الطلب فيكون اصطلاحهما على النصف يكون طلبًا منه لأحد في النصف وقد سلم المشتري إليه النصف فيكون آخذًا النصف بالشفعة لا بالشراء مبتدأ.

والوجه الثاني: لو صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باقٍ؛ لأن ثمن البيت مجهول؛ لأن حصته من الثمن يعرف بالحزر والظن وذلك مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم وهو إنما سلم الشفعة في الباقي بشرط أن يسلم له البيت، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح التسليم وهذا إذا كان الصلح بعد تأكد حقه بالطلب، فأما قبل الطلب بطلت شفعته؛ لأن طلب البعض منه قبل تأكد حقه والسكوت من الطلب سواء.

والوجه الثالث: لو صالحه على أن يسلم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة؛ لأن الاعتياض عن حق الشفعة باطل لما عرف في كتاب الشفعة بخلاف المسألة المتقدمة، فإن ثمة لم تبطل الشفعة والفرق أن ثمة جعل البيت عوضا عن التسليم وبعض الدار يصلح عوضا عن التسليم في الباقي، ألا ترى أنه لو اصطلحا على أن يأخذ النصف لتسلم الشفعة في الباقي يصح وإنما فسد لجهالة ثمن البيت ومتى سمى في العقد ما يصلح أن يكون عوضا له إلا أنه فسدت التسمية للجهالة لا يجعل ذكر العوض بمنزلة السكوت؛ لأنه لم يرض بسقوط حقه مجانا كمن طلق امرأته على ثوب أو دابة لا يقع مجانا وإنما يقع بما سمى لها من المهر، وأما الدراهم لا تصلح عوضا عن التسليم بحال ما، ومتى سمى في العقد ما يصلح عوضا فيه كان ذكر العوض بمنزلة السكوت عنه، كما لو طلق امرأته على خمر أو خنزير وقبلت وقع الطلاق مجانا فصار كأنه سلم وسكت عن ذكر العوض صح التسليم فكذا هذا.

وأما القسم الثاني: اشترى دارا فخاصم رجل على تبعض منها وطلب الشفعة فيما بقي فصالحه على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى جاز؛ لأن دعواه الملك في البعض وحق الشفعة في البعض صحيحة فيجوز الصلح عنها في نصف الدار؛ لأن الصلح عن كل واحد منهما بانفراده جائز فكذلك عنهما باجتماعهما فيكون نصف ذلك النصف مأخوذا بدعوى الملك ونصفه مأخوذًا بحق الشفعة بربع الثمن، ولو صالحه على نصف دار أخرى على هذا الوجه لا يجوز؛ لأنه صار مسلما الشفعة بعوض فالاعتياض عن الشفعة لا يصح بخلاف الأول؛ لأنه

لم يصر مسلما الشفعة بعوض بل صار آخذًا بعض ما ادعى فيه الشفعة وتاركا البعض فهذا جائز كما لو ادعى الشفعة في جميع الدار فصالحه على نصف الدار بنصف الثمن. ادعى في دار حقا فصالحه على دراهم ليس للشفيع الأخذ؛ لأن صاحب اليد زعم أنه لم يملك الدار من جهة المدعِي بل كان ملكه في الأصل وإنما بذل المال افتداء عن اليمين فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن اليد تدل على الملك، ولو أن الشفيع خاصمه فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليه المدعِي الأول جاز ويكون آخذًا بشراء مبتدأ لا بالشفعة؛ لأنه ليس له حق الشفعة فيجعل التسليم شراء مبتدأ.

(باب الصلح مع الورثة في التركة)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح بعض الورثة.

والثاني: في صلح الوصي مع الورثة.

(فصل)

ولو صالح بعض الورثة على نصيبه من التركة فلا يخلو إما أن كان في التركة دين أو لم يكن، فإن كان في التركة دين لم يصح الصلح بحال؛ لأن الصلح وقع عن العين والدين جميعا؛ لأنه أوقع عن التركة والتركة تناولتهما جميعا والصلح عن الدين باطل؛ لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وإذا فسد الصلح في حصة الدين فسد في الكل لاتحاد الصفقة، والحيلة في جوازه ذكرناها في **(كتاب الحيل)**، وإن لم يكن في التركة دين فصالح من نصيبه على مثل نصيبه من الدراهم أو أقل ففاسد، وإن كانت أكثر فصحيح؛ لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل وتجويزه بطريق المعاوضة لا يكون إلا باعتبار المماثلة فيما هو مصارفة وبقدر حصته من الدراهم عقد صرف فيشترط المماثلة فيه وذلك بأن يكون بدل الصلح البر بأن يكون بإزاء نصيبها من الدراهم بمثلها والفضل بإزاء العروض الباقية لكي لا تؤدي إلى الربا وبشرط قبض البدلين في المجلس إذا كانت الورثة مقرين بالتركة.

وذكر في (الفتاوى): امرأة ماتت وفي تركتها نقد وغيره فصالح أبوها زوجها على مائة دينار ولا يدري أن نصيبه من النقد أقل أو أكثر لا يجوز لما بينا.

وإن صالحه على دراهم ودنانير جاز إذا قبضا في المجلس وكانت الدنانير بإزاء الدراهم وبحصتها احتيالا للجواز. فأما إذا ظهر دين للميت أو عين نقد بعد الصلح لا تعرفه الورثة هل يكون داخلا تحت الصلح فلا رواية فيه فلقائل أن يقول لا يدخل؛ لأن الورثة يقصدون بهذا الصلح الصلح عن التركة الظاهرة لا عن التركة المختفية لا يعرفها الورثة فصار ما لم يظهر من التركة كالمستثنى بدلالة ظاهر حال الورثة والمستثنى بدلالة الحال كالمستثنى صريحا فلقائل أن يقول يدخل؛ لأن الصلح وقع عن التركة واسم التركة يشتمل على ما ظهر وما لم يظهر ودلالة الحال لا غيره بها متى كان الصريح بخلافها إلا أنه إذا كان ما ظهر عينا لم يفسد الصلح بأن كان وديعة أو غصبا، وإن كان ما ظهر دينا فسد الصلح إلا إذا كان الدين مستثنى من الصلح. صالح بعض الورثة من جميع الدعوى على مال بغير أمر الباقين لا يرجع عليهم بالبدل؛ لأنه متطوع في الصلح عن الباقين وصلح المتطوع جائز وتقع البراءة للمتطوع عنه عن الدعوى فلا ترجع عليه؛ لأنه صالح بغير أمره.

ولو صالحه في يده صح وبقي المدعِي على دعواه فيما في يد صاحبه؛ لأنه لم يصالح عما في يد صاحبه هذا إذا صالحه عن إنكار، وإن صالحه عن إقراره عن جميع الدعوى جاز ثم إن صدَّقه صاحبه في إقراره فلا يرجع على صاحبه بحصته مما في يده؛ لأنه صار مشتريا من المدعِي ما في يده ويد صاحبه، فإن كذبه صاحبه فله أن يرجع على المدعِي بجميع البدل؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه من المدعِي، وإن شاء لم يفسخ الصلح ويتربص إلى أن يتمكن من الأخذ مما في يد صاحبه إما بإقامة البينة أو بنكوله عن اليمين كما لو اشترى ممسوكًا في يد غيره.

(فصل)

ولو ادعى الوارث قبل الوصي ميراثا فلا يخلو إما أن أنكره الوصي أو أقر به،

فإن أنكره الوصي فصالح أحد الورثة مع الوصي جاز ولا شيء للآخر على الوصي؛ لأن الصلح عن إنكار لا يتضمن إقرارًا.

ولو أراد أن يشاركه صاحبه فيما قبض ينظر إن كان ما ادعاه قائمًا في يد الوصي ليس له ذلك؛ لأن في زعمه أنه باع شريكه المصالح نصيبه فيما ادعى من الوصي وأحد الشريكين إذا باع نصيبه ليس للآخر أن يشاركه فيما أخذ من الثمن، فإن كان مستهلكا فله أن يشاركه صاحبه فيما قبض؛ لأنه صالح عن دين مشترك؛ لأن في زعمهما أنه بالهلاك وجبت القسمة على الوصي فصارت مشتركة بينهما وأحد الشريكين متى صالح من دين مشترك كان للآخر أن يشاركه بخلاف ما لو ادعيا عينا ثم صالح أحدهما من نصيبه على دراهم لا يشاركه الآخر؛ لأنه صار بائعا نصيبه منه بالصلح فينصرف إلى نصيبه خاصة، وأما إذا أقر الوصي أن لأحد الورثة من ميراث عنده كذا لا يكون للآخر مثله عليه وله أن يشاركه أخاه.

وذكر في (**كتاب الوصايا**): يضمن مثل ذلك للآخر وجه رواية الوصايا أن تركة الميت كلها في يد الوصي فمتى أقر لأحد الورثة بشيء من ميراث عنده يكون مقرا للآخر بمثله اقتضاء؛ لأنه أقر بشيء مشترك بينهما والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا، فإذا جحد بعدما أقر وقال: لم يكن عندي إلا هذا صار ضامنا للآخر بمثل ما أقر للأول بجحوده. وجه هذه الرواية أن الوصي لم يقر للآخر بمثل ما أقر به للأول اقتضاء؛ لأنه ليس من ضرورة إقراره للأول أن يصير مقرًّا للآخر بمثل ذلك بجواز أنه دفع إليه نصيبه بعد القسمة أو هلك نصيبه في يده بعد القسمة فلم يصر مقرًّا له بمثل ذلك فلا يتصور منه الجحود بعد الإقرار فلا يصير ضامنا إلا أن المقر به مشترك بين الورثة؛ لأن الوصي أمين فيما في يده من التركة والأمين يصدق فيما يدعي من براءة نفسه من الضمان ولا يصدق في إبطال حق على الغير؛ لأن ذلك شاهد والحكم لا يثبت بشهادة الفرد فلا يصدق في دعوى قطع شركتهم. أقر الوصي أن عنده للميت ألف درهم وديعة فصالح أحد الوارثين عن نصيبه على أربعمائة درهم لا يجوز؛ لأنه تعذر تجويزه بطريق استيفاء البعض والإبراء عن البعض؛ لأن البراءة عن الأعيان باطلة وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه يصير ربا؛ لأنه بخلاف ما لو أقر بألف

وديعة مستهلكة؛ لأنها صارت دينا عليه فأمكن تصحيحه بطريق الاستيفاء والإبراء؛ لأن البراءة عن الديون جائزة.

(المنتقى): رجل مات وترك ابنين فادعى رجل على أبيهما مائة درهم فأقر له أحد الابنين وقال أنا أدفع إليك حصتي من ذلك وهي خمسون على أن لا يأخذه ببقية الدين قال أبو حنيفة رحمه الله: هذا باطل وله أن يأخذه ببقية الدين؛ لأن الإقرار بالدين على الميت صحيح وشرط عدم مؤاخذته بما وراء حصته لا يصح؛ لأن التركة ما لم تفصل عن الدين لا تصير ملكا للوارث بل تكون مبقاة على حكم ملك الميت.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يأخذه بشيء ويأخذ الآخر ببقية الدين، فإن نوى على الآخر أو جحده الدين رجع على المقر ببقية الدين، وكذلك إن كان الآخر غائبا فله أن يأخذ الحاضر بجميع الدين والصلح باطل، وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لو صالح رب المال مع الأصيل على أن أعطاه الخمسمائة ويأخذ الكفيل بالخمسمائة الباقية من غير أن يبرئ الأصيل ليس له أن يأخذ الأصيل إلا أن ينوي حقه على الكفيل.

(باب صلح الوارث مع الموصى له)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في صلح الموصى له بالثلث.

والثاني: في صلح الموصى له بالخدمة.

والثالث: في صلح الموصى له بالغلة.

والرابع: في صلح الموصى له بالحقين.

(فصل)

أوصى لرجل بثلثه فصالح بعض الورثة على دراهم على أن يسلم له خاصة وليس في التركة دين ولا نقد بثلثه فمثل ذلك يجوز؛ لأن الوارث بهذا الصلح اشترى نصيب الموصى له من الأعيان لنفسه، كما لو اشترى غير الوارث نصيب الموصى له.

وإن كان في التركة مال نقد وهو في يد الموصي وما أعطاه الوارث أكثر من ثلثه ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث من الوصي ينتقض الصلح في نصيبه النقد دون غيره؛ لأن ما يخص النقد يكون صرفا فيشترط قبض بدله في المجلس وما يخص غيره يكون بيعا ولا يشترط قبض بدله.

وإن كان بدل الصلح مثل ثلثه أو أقل ولا يدري لا يجوز الصلح؛ لأنه يكون ربا، وكذلك لو صالح على ثياب موصوفة في الذمة معلومة القدر فضرب لها أجلا ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من العين بطل من الثياب حصة ذلك المال لا ما سواه؛ لأن ما يخص الثياب من نصيبه من التركة سلم فيشترط قبض بدلها في المجلس، وكذلك لو صالح جميع الورثة كان حكمه كذلك.

(فصل)

ولو صالح الموصى له بخدمة عبد أحد الورثة على دراهم على أن يخدم للوارث خاصة تلك المدة لم يجز، وكذلك لو أجر منه ولو صالحهم جميعا جاز؛ لأنه تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة والتمليك؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض ولا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير وأمكن تجويزه بطريق الإبراء والإسقاط؛ لأن المنافع قابلة للإسقاط؛ لأنها بمنزلة حقوق الملك من الشرب ومسيل الماء من حيث إنها تابعة للأعيان والحقوق قابلة للإسقاط فكذلك المنافع فيجوز الصلح بطريق الإسقاط فصار كأنه أسقط حقه في الخدمة على دراهم، وإذا سقط حقه في الخدمة صار كأن الميت لم يوص له بالخدمة وصارت الخدمة للورثة من جهة الميت لا من جهة الموصى له فيكون بينهم بخلاف الإجارة؛ لأنه ليس في الإجارة معنى الإسقاط حتى يجوز بطريق الإسقاط وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة فلم يجز.

ولو مات العبد بعدما قبض الموصى له ما صالحوه عليه لا يبطل؛ لأن الإسقاط لا يحتمل الفسخ كالصلح عن القصاص، ولو باع منهم خدمته لم يجز؛ لأن الشراء معاوضة محصنة وتجويزه بطريق المعاوضة متعذر لما بينا.

ولو قال له الوارث: أهب لك الدراهم على أن تهب لي الخدمة جاز إذا قبض الدراهم؛ لأن الهبة تبنى على التبرع وفي الصلح معنى التبرع؛ لأنه يجوز بدون الحق فمتى كان مقرونا بالبدل فكما يحتمل البيع يحتمل الصلح فيحمل على الصلح تصحيحًا له.

(فصل)

وكذلك الواجب فيما إذا أوصى له بغلة عنده فصالح مع بعض الورثة أو كلهم جاز لما بينا أو آخر من بعض الورثة جاز بخلاف الموصى له بالخدمة أو آخر من الوارث ومن غيره لم يجز. والفرق أن الإجارة طريق وصول الغلة؛ لأنه لا يتوصل إلى الغلة إلا بالإجارة، وإذا أوصى له بغلته يكون موصًى له بالإجارة فيصير مأذونا بالإجارة دلالة فيملك الإجارة وأما ليس من ضرورة استيفاء الخدمة الإجارة؛ لأنه يمكنه الاستخدام من غير إجارة فلا يصير موصى له ومأذونا بالإجارة فلا يملك الإجارة.

ولو صالح على دراهم أقل من الغلة أو مثلها؛ جاز؛ لأن هذا إبطال حق الاستغلال وإسقاطه بهذه الغلة وذلك جائز.

ولو أوصى لرجل بغلة نخلة أبدا حالا، فإن صالحه الورثة بعدما خرج عامة منها ومن كل غلة يخرج منها أبدا على حنطة وقبضها جاز؛ لأنه لو صالح عن غلة النخل والكل معدوم جاز وهذا أولى، وإذا جاز الصلح كيف ينقسم البدل على الموجود والمعدوم حتى لو صالحه على عبد مثلا ثم استحق نصف العبد من يد الموصى له بأي قدر يرجع في هذه الغلة الموجودة وفيما يحدث في المستقبل اختلف المشايخ فيه قيل ينقسم عليهما نصفان؛ لأنه جعل المال بإزاء الثمرة الخارجة وبإزاء ما يخرج في المستقبل فيكون البدل مقابلا بهما على السواء.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: ينقسم عليهما على قدر قيمتهما؛ لأن ما خرج في المستقبل مجهول قد يخرج من الثمرة الموجودة للحال أو أكثر أو أقل ولا يخرج شيء فلا يمكن القسمة عليهما باعتبار عينهما فيقسم باعتبار قيمتهما وقيمة ما يخرج في المستقبل مما يمكن معرفتها بأن ينظر أن هذه النخيل ولها ثمرة بكم تشترى ولا ثمرة لها أبدا بكم تشترى، وإن كان يشتري ولها ثمرة بألف وخمسمائة

ويشتري بألف ولا ثمرة لها علم أن قيمة الغلة قدر ما بينهما وذلك خمسمائة ثم ينظر إلى قيمة الثمرة الخارجة، فإن كانت قيمتها خمسمائة ظهر أن قيمتها سواء فانقسم البدل عليهما نصفان، فإن كانت قيمتها ألف انقسم عليهما أثلاثا، فإذا استحق من بدله شيء أو وجد ببعضه يرجع بحصة ذلك من الموجود والمعدوم.

قال الفقيه: وهكذا الجواب متى وقع الصلح على مسيل الماء أو عن موضع الجذوع ينظر إلى الدار بكم تشترى وليس لها مسيل وبكم تشترى ولها مسيل فالفصل فيما بينهما يكون قيمة المسيل.

ولو صالحوا على حنطة نسيئة وقد أثمر لم يجز؛ لأن ما يخص الثمرة الخارجة جمعيها الكيل والنساء، والكيل بانفراده يحرم النساء كالجنس، وإذا فسد الصلح في حصة الثمرة الخارجة فسد في الكل؛ لأنه صار مشتريًا بالخارجة الحال بالحصة ابتداء، فإن المعدوم لا يدخل تحت العقد.

ولو صالحوا على شيء من الوَزْنِيِّ نسيئة جاز؛ لأنه لم يجمعهما أحد وصفي غلة ربا النقد وهو الكيل أو الجنس أو الوزن وفي صحة الخارجة الافتراق حصل عن عين بدين في حصة ما يستخرج الافتراق لم يقع عن دين بدين؛ لأن ما يستخرج ليس في الذمة؛ لأنها معدومة بعرض الوجود وكان بمنزلة الإجارة بأجرة معلومة مؤجلة جائزة، وإن كانت المنافع معدومة؛ لأنها ليست في الذمة حتى يقع الافتراق عن دين بدين.

(فصل)

أوصى له بما في بطن أمته فصالحه الورثة على دراهم فولدت ميتًا أو ضرب إنسان بطنها فألقت جنينها ميتا لم يجز الصلح؛ لأنه ظهر أن الوصية كانت باطلة؛ لأنه أوصى بالميت؛ لأن عدم الحياة أصل والحياة عارض تثبت بالنسل والوصية بالميت باطلة.

ولو أعتقوا الأم ضمنوا له قيمة الولد لو ولدته حيا؛ لأن الولد عتق بعتق الأم تبعا لها؛ لأنه جزء متصل بها خلقة فقد عتق بإعتاقهم الأم فضمنوا قيمته، وإن قتلوا

الأم لم يضمنوا قيمة الولد؛ لأنه لم يثبت حياة الولد وقت الوصية حقيقة ولا حكما.

وإن أوصى بما في بطن بقرته وذبحها الورثة لم يضمنوا العجل عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله بناء على أن الجنين لا يتذكى بتذكية الأم عنده ولا تثبت حياة الجنين وقت الوصية حقيقة ولا حكمًا.

أما حقيقة فلأنه لم يعرف حياة الولد عند الوصية، وأما حكما فلأنه لم يصح تناوله حتى يحكم بحياته ضرورة حل تناوله وعندهما يتذكى بذكاة الأم ويحل تناوله وإنما حل أكله إذا كان حيا وقت ذكاة الأم فصار مذبوحا بذبح الأم فتثبت حياته ضرورة الحكم بحل تناوله.

ولو أوصى بما في بطن فلانة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لا تصح الوصية؛ لأن الولد يجب أن يكون موجودا عند الوصية حتى تصح الوصية وإنما يعلم بوجوده وقت الوصية إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإذا جاءت به لستة أشهر فقد شككنا في وجوده عند الوصية، ولا تصح الوصية بالشك إلا أن يكون الموصي مقرًا بأنها حامل فتصح؛ لأنه يصير كأنه قال أوصيت لك بولد قد تلده إلى سنين، ولو صرح بها صحت الوصية فكذا هذا وإن جاءت به إلى سنين من يوم أوصى فصالح أبو الحبل عما أوصى به للحبل لا يجوز؛ لأنه لا ولاية للأب على ما في البطن لعدم ملكه في الأم ولفقد الحاجة للجنس؛ لأن ثبوت ولاية التصرف للأب عليه، فإنه لا حاجة لما في البطن إلى ثبوت الولاية فلا تثبت وكذلك مولى الحبل لا يصح صلحه ورُوي أنه يجوز؛ لأن الوصية متى تمت للعبد انتقلت إلى المولى حكما لملكه رقبته وهنا الوصية تمت للحبل بموت الموصي فينتقل إلى المولى حكما لملكه رقبته كما بعد الانفصال فصار المولى مصالحا عن حق نفسه لا على الحبل فيجوز. وجه ظاهر الرواية: أن الوصية تقع للعبد أولًا ثم تنتقل إلى المولى حتى يعتبر رده وقبوله وتصرف إلى ديونه فمتى فضل عن حاجته شيء يصير للمولى فالوصية قبل ولادة الحبل بعد موت الموصي لم تتم؛ لأنه قد يكون حيا وقد يكون ميتا وما لم تتم الوصية للعبد لا ينتقل إلى المولى فيكون مصالحا على الحبل فلا ولاية لأحد على الحبل كما لو أوصى لجنين بعبد ثم أعتق المولى الأمة الحامل ثم

ولدت غلاما فالغلام حر ولا وصية له بل لمولاه؛ لأن الوصية تمت بموت الموصي ويوم الموت كان عبدا فوقعت الوصية لمولاه فصار الموصي ملكا لمولاه فأعتقه المولى بعدما صار الموصى به ملكا لمولاه فيبقى على ملكه، وإن أعتقها قبل موت الوصي، فالمسألة بحالها تكون الوصية للغلام؛ لأنه يوم مات الموصي كان حرا فوقعت الوصية له ولم تنتقل إلى مولاه.

ولو أوصى بما في ضرع غنمه من اللبن جاز؛ لأن جهالة الموصى به لا يمنع صحة الوصية، فإن صالحه الورثة على لبن أقل أو أكثر لا يجوز لمكان الربا؛ لأنه لا مساواة بين اللبن المنفصل وبين اللبن المضمن في الضرع فيتمكن فيه الربا فهذا الصلح، وإن كان إسقاطا وإنما فيه شبهة تمليك اللبن والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا.

(المنتقى): ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل أوصى لرجل بثلث ماله وترك تسعمائة درهم ورقيقا فصالح الوارث الموصى له من وصيته على أربعمائة درهم إلى سنة لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يبطل في حصة الثلث من الدراهم وهو ثلاثمائة، ويجوز في حصة الثلث من الرقيق وهي المائة وهذا بناء على أن الصفقة الدائرة متى فسدت في بعضها فسدت في الكل عنده وعندهما تفسد بقدر المفسد والمفسد وجد في حصة الصرف وهو الدراهم وهو عدم القبض في المجلس دون حصة الرقيق ولو صالحه من وصيته على كر حنطة موصوفة إلى سنة جاز بالإجماع؛ لأن ذلك سلم في حصة الدراهم من الكر وبيع في ثلث الرقيق وبيع حصته من الرقيق بالكر وهو نسيئة جائز وهذا إذا كانت الدراهم في يد الوارث حتى يكون سلمًا، فإن كانت في منزل الوارث بطل العقد في حصة الدراهم لعدم قبض بدل السلم في المجلس وصح البيع في حصة الرقيق بالإجماع؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله يجيز السلم في العين دون الدين إذا أسلمهما جميعا في كرة. رجل أوصى لرجل بعبد أو دار وترك ابنًا وبنتًا فصالحا الموصى له من العبد على مائة درهم إن كانت المائة من مال الميراث فالعبد بينهما أثلاثًا، وإن كانت المائة من مالهما غير الميراث فالعبد بينهما نصفان؛ لأنه معاوضة بينهما.

(باب صلح الأب والوصي)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح الأب.

والثاني: في صلح الوصيّ.

(فصل)

أصله أن يصرف الأب والوصي مقيد بشرط الأحسن وإلا نظر، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] ثم صلح الأب على الصغير لا يخلو إما أن كان في دعوى على الصبي أو كان في دعوى له وكل ذلك له بينة أو لم يكن، أما الأول لو صالح الأب عن الدعوى في مال الصبي إن كان للمدعي بينة وما أعطاه مثل المدعِي به جاز، وإن لم يكن له بينة لم يجز؛ لأنه متى كان للمدعي بينة كان للصبي في هذا الصلح منفعة وهي سلامة العين له؛ لأنه لو لم يصالح يستحقه المدعِي بالبينة فيكون هذا الصلح من الأب بمعنى الشراء فصار بالصلح مشتريا للصبي فيتقيد بالمثل، وإن لم يكن له بينة صار الأب بالصلح متبرعا بمال الصبي لا مشتريا؛ لأنه لم يستحق المدعِي شيئًا من ماله لو لم يصالح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر عليه ولا يجوز، وإن صالح عن مال الصبي ولا بينة له يجوز كيف ما كان؛ لأنه لم يثبت للصبي فيما ادعى الأب له ملك ولا هو في معنى الملك وهو التمكن من الأخذ فكان محصلا مالا له من غير شيء أخرجه عن ملكه فكان نظرا لا ضررا فكان تحصيل مال الصغير أنفع من منازعة غير مفيدة، وإن كان له بينة لا يجوز؛ لأنه ثبت له إمكان الأخذ بواسطة إقامة البينة العاجلة فصار، كما لو ثبت له حقيقة الملك لما بيناه. صالح الأب من دم الصبي على مال جاز، وإن حط لا يجوز، فإن قل الحط؛ لأن الصلح أنفع للصبي من الاستيفاء؛ لأن منفعة الاستيفاء التشفي ودرك الثأر والغيظ وهذا مما لا يعرفه الصبي، وفي الصلح يحصل له منفعته يتعلق بها قوام الصبي فكان الصلح أنفع له فيملكه بطريق الأولى، فأما الحط والعفو ضرر بالصبي فلا يملكه.

(فصل)

صلح الوصي لا يخلو إما أن وقع في الدعوى على الورثة أو للورثة، ولا يخلو إما أن كانت له بينة أو لا، وكل ذلك لا يخلو إما أن وقع الدعوى في العقار أو في المنقول، فإن كانت الورثة صغارًا كلهم وقد صالح الوصي عن الدعوى عليهم وللمدعي بينة عاجلة يجوز في العقار والمنقول؛ لأنه صار محصلا المال لهم من غير إخراج شيء من ملكه فكان نظرًا لهم، وإن لم يكن له بينة لا يجوز؛ لأنه مزيل عنهم ملكهم من غير أن حصل لهم مالا فكان ضررًا عليهم، وإن صالح في الدعوى لهم ولهم بينة لا يجوز، وإن لم يكن لهم بينة يجوز لما بينا.

(باب الصلح الفاسد)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على المجهول أو المعدوم.

والثاني: في الصلح على شرط فاسد.

(فصل)

الصلح على حيوان إلى أجل لا يجوز؛ لأن الصلح إن كان عن إقرار فهو معاوضة والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال، وإن كان الصلح عن إنكار فهو مبادلة في حق المدعِي؛ لأن في زعمه أنه إنما يأخذ الحيوان بدلا عن المال الذي ادعاه في زعم المُدَّعَى عليه معاوضة وافتداء عن اليمين ولكن الافتداء عن اليمين في حكم المال؛ لأن اليمين وجبت بسبب دعوى المال واليمين بدل حقه وهو دعوى المال فكان في معنى المال، ولهذا لو اختلفا في بدل الصلح أو في مقداره يتحالفان ويرد في العيب كما في البيع، ولو صالحه على ألف درهم إلى الحصاد لم يجز كما في البيع، وكذلك لو صالح من الدعوى في الغنم على نصف الغنم على أن للمطلوب الأولاد كلها سنة لا يجوز، وكذلك لو شرط الأولاد كلها للطالب؛ لأن هذا صلح وقع عن مجهول معدوم يحتاج فيه إلى التسليم؛ لأن ما يحدث من الأولاد من نصف الغنم الذي يأخذ الطالب يحتاج إلى تسليمه إلى

المطلوب، وكذلك ما في يد المطلوب يحتاج إلى تسليم نصف أولاده إلى الطالب وذلك مجهول معدوم، ولو صالح على صوفها على أن يجز من ساعته جاز عند أبي يوسف خلافًا لمحمد رحمهما الله.

له: أن هذا الصلح وقع على مجهول؛ لأن موضع الجزء مجهول من حيث العرف والعادة، فإنه قد يجز جزًّا ناعما وغير ناعم، ولهذا لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم وصار كما لو صالحه على اللبن الذي في ضرعها أو على ولد في بطنها. لأبي يوسف: أن هذا الصلح استيفاء للبعض وإسقاط للبعض في زعم المدعِي؛ لأنه يستوفي بعض حقه ويترك بعضه وفي زعم المُدَّعَى عليه إن كانت معاوضة ولكن المصالح عليه مرئي مشار إليه ومبنى الصلح على الحطيطة والتجوز فلا يجري بينهما المشاحنة والمنازعة في الجزّ، ولهذا يجوز هبة الصوف على ظهر الغنم إذا سلطه على الجزّ بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة محصنة ليس فيه معنى الاستيفاء ويجزئ فيه المماكسة والمشاحنة فجهالة المبيع يوقعهما في المنازعة، ألا ترى لو كان له على آخر دين لا يعرف قدره باع ذلك منه بدراهم لا يجوز؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الاستيفاء والاستبراء، وقيل عند أبي يوسف إنما يجوز إذا صالح على صوفها، فإن صالح على صوف غيرها لا يجوز؛ لأنه يكون معاوضة وليس باستيفاء للحق وقيل يجوز فيهما؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الاستيفاء فيجوز، وإن صالح على ألبانها في ضروعها لا يجوز؛ لأنه معدوم على خطر الوجود لجواز أن يكون انتفاخا ولا يعطي له حكم الوجود قبل الظهور فكأنه وجد حالة الظهور فقبل الظهور كان معدوما في حق بناء الأحكام، ولهذا لو وهب اللبن في الضرع وسلطه على الحلب لا يجوز في إحدى الروايتين وهو الأصح لكونه معدوما في حقنا قبل الحلب فكذلك في الصلح لا يعطى له حكم الوجود قبل الظهور فلم ينعقد الصلح عليه كما لو صالحه على ما في بطنها من الولد، ولو صالحه على مخاتيم دقيق هذه الحنطة لا يجوز كما لو صالحه على أرطال من لحم شاة وهي حية؛ لأنه صالحه على معدوم، ولهذا لا يجوز بيعه؛ لأن دقيق هذه الحنطة معدوم قبل الطحن فإنما يصير دقيقا بالطحن، ولهذا لو وهب من رجل هذه الحنطة وسلطه على الطحن لم

يجز واللحم في الشاة قبل الذبح موجود مملوك للمصالح عليه ولكن لا يمكنه تسليمه إلا بضرر يلحقه وهذا يوجب فساد الصلح كما لو باع الجذع في السقف.

(فصل)

أصله: أن كل شرط يفسد البيع يفسد الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق؛ لأنه معاوضة كالبيع، ولو صالح من حقه على عبد على أن يخدم المُدَّعَى عليه شهرا لا يجوز؛ لأنه لا يجوز بيعه على هذا الشرط؛ لأنه بيع شرط فيه إعارة أو إجارة فكذا الصلح، وكذلك لو صالحه على ثوب على أن يصبغه بعصفر أو يقطعه له قباء ويحشوه ويبطنه؛ لأن هذا الشرط يفسد البيع فكذلك الصلح.

ولو شرط الخيار في الصلح جاز استدلالًا بالبيع، وإن كان الخيار للمدعى عليه فالمصالح عليه مضمون في يد المدعِي بقيمته ودينه على حاله كما في البيع متى كان الخيار للبائع والمبيع في يد المشتري مضمون عليه بالقيمة وثمنه على حاله فكذا هذا. لرجل على رجل ألف درهم مؤجلة فصالحه على أن يعطيه كفيلا وأجل سنة أخرى جاز؛ لأن البيع بشرط الكفالة جائز؛ لأن للناس حاجة إلى استيثاق الحقوق بالكفالة والرهن ولا يحصل الاستيثاق إلا بالشرط في البيع، فإنه من غير شرط لا يخير على ذلك وفيه تأكيد الثمن والدين وكان شرطا ملائما للعقد فلا يفسده فكذلك الصلح صلح المكره لا يجوز كالبيع. قوم دخلوا على رجل بيتا ليلا أو نهارا أو شهروا عليه السلاح حتى صالح مع المقر يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز؛ لأن عنده الإكراه لا يتحقق من غير السلطان وعندهما يتحقق، فإن كان دون السلاح مما لا يقتل سريعا، فإن كان بنهار بمصر لم يكن مكرها وجاز صلحه، وإن كان بليل أو في مفازة كان مكرها، وبيع العطاء والصلح عنه قبل القبض لا يجوز؛ لأنه صالح عما لا يملك؛ لأن العطاء صلة ومعونة وأرزاق موعودة جزاء على أعمال معمولة لجماعة المسلمين؛ لأن العطاء لا يصلح عوضا عن الأعمال التي عملها؛ لأنها طاعة وقربة من الجهاد والقضاء وتعلم العلم والقرآن ونحوه والاستئجار على الطاعات باطل فكان ما يأخذه يأخذه على سبيل المعونة والصلة لا على سبيل المعاوضة والصلاة لا يملك قبل القبض، ولهذا لو مات من له

العطاء لا يكون موروثا بين ورثته. ادعى رجل أنه باع هذا منه بألف ورطل من خمر فقال المشتري: اشتريته بألف لا غير، فصالحه على أن يزيد المشتري دينارًا على أن يحط الخمر جاز؛ لأن في زعم المشتري أنه اشتراه بألف درهم شراء صحيحًا ولا زيادة دينار وفي زعم البائع أن البيع الأول كان فاسدًا ولأن ملكه بألف درهم وزيادة دينار وذلك جائز فقد اتفقا على جواز الصلح فيحكم بالجواز.

(باب الصلح عن دم العمد والجراحات)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: فيما يقع عليه الصلح من دم العمد.

والثاني: في رد بدل الصلح واستحقاقه.

والثالث: فيما يقع عنه الصلح.

والرابع: في صلح أحد الوليين.

والخامس: في صلح المولى على الدفع أو الفداء.

(فصل)

الصلح عن دم العمد في النفس أو فيما دونهما على مال جائز لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وروى ابن عباس رضي الله عنه قال: نزلت الآية في الصلح عن القصاص.

ولو صالح في العمد على أكثر من الديّة والأرش يجوز وفي الخطأ لا يجوز؛ لأن في العمد الواجب هو القصاص وذلك ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد فيتقوم بقدر ما أوجب للصلح قل أو كثر وفي الخطأ الواجب هي الديّة، وهو مال مقيد شرعا. فالزيادة عليه تكون ربا لا يجوز وكل ما يصلح مهرا في النكاح ويصح تسميته في النكاح ويجب مهر المثل فيه. ففي العمد تجب دية النفس في القتل وأرش الجناية فيما دون النفس إلا في فصل وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير عن العمد يسقط القصاص ولا يجب شيء، وفي النكاح يجب مهر المثل والفرق أن

وجوب المهر في باب النكاح كان من ضرورات العقد، فإن عقد النكاح ما شرع إلا بالمال، فإذا أبطلت التسمية صيّر إلى موجبه الأصلي وهو مهر المثل، فأما وجوب المال ليس من ضرورات الصلح عن دم العمد والخطأ، فإنه لو عفا ولم يسمّ مالًا لم يجب شيء وكان العفو بدون المال مندوبا إليه وأنه أقرب إلى التقوى، فإذا لغت التسمية لعدم المالية صار كأنه عفا من غير مال ثم فرق بين العمد والخطأ وقال: لو صالح عن الخطأ على خمر أو خنزير أو على حر يرجع بالدية ولا يسقط، وفي العمد يسقط القصاص. والفرق أن الواجب في الخطأ مال فبالصلح عنه صار بائعا المال بالخمر والخنزير فوقع البيع فاسدًا والبيع متى وقع فاسدًا كان لكل واحد منهما أن يرجع إلى رأس ماله، فأما الواجب في العمد القصاص، فإنه ليس بمال وكان الصلح عنه إسقاطا وعفوا بمال، وإذا لم يكن البدل مالا يقع عفوا مجانا؛ لأنه رضي بوقوعه مجانا لما لم يذكر بمقابلته مالا كما في الخلع.

ولو صالح بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز؛ لأن العفو بغير بدل أصلا جائز فلأن يجوز ببدل ليس بمال أولى كما في الخلع، فإن أتى القاتل ولم يعف عن الدم الذي وقع عليه الصلح هل يرجع العافي عليه بالدية إن كان القصاص للقاتل على قريب العافي كأبيه أو ولده؟ يرجع عليه بالدية؛ لأنه جعل بدل قصاصه منفعة له بقريبه، فإنه منفعة من عونه يحل له شرعا فيجوز له شرطا أو المنفعة الحاصلة لقريبه حاصلة له معنى، فإذا لم يسلم له شرطه كان له الرجوع كما لو تزوج امرأة على ألف وعلى أن يعفو قصاصًا له على أبيها ولم يف الزوج به فلها الرجوع بمهر المثل، وإن كان القصاص له على أجنبي لا يرجع؛ لأنه لا منفعة له فيه فلا يكون مشروطا له معنى كما لو تزوجها على أن يعفو عن أجنبي، ولو صالح على سكنى دار أبدا فعلى القاتل الدية؛ لأن السكنى مال متقوم إلا أنه فسدت التسمية بجهالة المدة فكان له الرجوع إلى البدل حتى لو بين مدة السكنى جاز.

(فصل)

ولو صالحه من دم العمد على عبد فاستحق أو وجد به عيبًا فاحشًا يرجع بقيمة

العبد لا بالدم ومن الخطأ يرجع ببدل الدم؛ لأن القاتل معاوض، فإذا لم يسلم له العوض رجع عليه المعوض، فإذا تعذر الرجوع بالمعوض؛ لأن القصاص قد سقط وتلاشى واضمحل رجع بقيمة المعوض، وفي الخطأ أمكن رجوعه بالمعوض فيرجع بالقول في العبد المصالح عليه للقاتل؛ لأن هذا العقد لا يقبل الانتقاض والانفساخ فيكون القول قول المنكر مع يمينه كما في الخلع، وليس له أن يبيعه قبل القبض في الخطأ بخلاف العمد؛ لأن في الخطأ مبيع ما ملك بإزاء ما ليس بمال وهو القصاص فجاز بيعه. وجد بالعبد عيبا يسيرا رده في قتل الخطأ دون العمد إلا بالفاحش، فإنه يرده ويأخذ قيمته؛ لأن الصلح عن القصاص لا يحتمل الفسخ؛ لأنه إسقاط وعفو بعوض فبقي السبب الموجب لتسليم العبد وهو العقد وقد عجز عن رد عينه فيلزمه رد قيمته كما في الخلع والنكاح.

فأما الصلح في قتل الخطأ يحتمل الفسخ؛ لأن الصلح وقع عن المال والصلح عن المال فيما يحتمل الفسخ، فإذا انفسخ بالاستحقاق أو بالرد له الرجوع برأس المال، ولا يرد بالعيب اليسير في العمد كما في النكاح والخلع لما مر. صالح عن دم العمد على أمة فولدت عنده ثم استحقت أو على بستان فأثمر عنده ماء ورد عليه الصلح والصلح لم يرد على الزيادة ألا ترى أن الغاصب لا يضمن الزيادة، لأنه لم يرد عليهما الغصب فكذا هذا. قضى المال قبل الأجل فاستحق أو وجده ستوقة أو زيوفا أو نبهرجة فردَّها عاد الأجل؛ لأن الأجل لم يسقط في الاستحقاق والستوقة أصلا؛ لأن القضاء لم يوجد وفي غيره إن صح القضاء إلا أنه يسقط الأجل حكما للقضاء ضمنا له لا مقصودًا وقد انتقض القضاء بالرد فيعود الأجل كما لو حصل الرد بخيار الرؤية أو الشرط.

(فصل)

جرح رجلًا عمدًا فصالحه منه فلا يخلو إما أن برأ أو مات منها، فإن صالحه من الجراحة أو من الضربة أو من الشجة أو من القطع أو من اليد أو من الجناية لا غير جاز الصلح إن برأ بحيث بقي منه أثر، وإن برأ بحيث لم يبق له أثر بطل الصلح؛ لأنه ظهر أن المجروح لم يستحق عليه ضمانا يجوز الاعتياض عنه؛ لأنه لم يبق له

أثر؛ لأنه لا يستحق عليه قصاصا ولا أرشًا إنما يستوجب عليه التعزير والتأديب، كمن ضرب على رأس إنسان فابيضت عينه ثم انجلى البياض أو حلق لحيته فنبتت مكانها أخرى والاعتياض عن التعزير لا يصح ومتى بقي له أثر ونقص بقي الصلح على الجواز؛ لأن الصلح عن نقص يمكن فيه جائز، فأما إذا مات وجبت الدية من ذلك وبطل الصلح عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما.

وفي مسألة العفو عن الشجة فإن صالحه عن الأشياء الخمسة وما يحدث منها فالصلح جائز إن مات فيها؛ لأن الصلح وقع عن القائم وما يحدث منها وهو السراية، أما إذا برأ ذكرها هنا أن الصلح جائز.

وذكر في الوكالة: لو أن رجلا شج رجلا موضحه فوكل إنسانا ليصالح عن الشجة وما يحدث منها فصالحه عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس، فإن مات كان الصلح عن النفس، وإن برأ يجب رد تسعة أعشار المال ونصف عشره ويسلم للمشجوج نصف عشر المال. قيل: تأويل هذا أنه برأ بحيث لم يبق له أثر وتأويل ما ذكر هنا أنه برأ وبقي له أثر ونقص، وقيل في المسألة روايتان وقال عامة مشايخنا اختلف الجواب اختلاف الوضع، فإن الوضع ثمة أنه صالح عن الجراحة عما يحدث منها إلى النفس وما يحدث منها إلى النفس معلوم وأمكن قسمة البدل على القائم والحادث جميعًا، وإذا انقسم البدل عليهما، وإذا لم يسلم للشاج لا يسلم المشجوج بدله وهاهنا صالحه عن الجراحة وما يحدث منها ولم يقبل إلى النفس وما يحدث مجهول فلم يحدث وقد لا يحدث، وإذا حدث لا يدري أي قدر فتعذر قسمة البدل على القائم والحادث فصار البدل كله بإزاء القائم؛ لأنه متى جمع في العقد ما يصلح محلا له وما لا يصلح محلا يصير البدل كله بإزاء ما يصلح محلا وما لا يصلح محلا يصير البدل كله بإزاء ما يصلح محلا للعقد كمن تزوج امرأة وأتاها بألف يكون الألف كلها بإزاء الامرأة فكذا هذا متى تعذر انقسام البدل على القائم والحادث يجعل كله بإزاء القائم وأما إذا صالحه عن الجناية يجوز الصلح في الفصول كلها إلا إذا برأ بحيث لم يبق له أثر؛ لأن الجناية اسم عام يتناول النفس وما دونها، ولهذا لو قال لا جناية لي قبل فلان ثم ادعى عليه جناية في النفس أو فيما دونها لا يصدق.

فأما الجراحة اسم خاص لما دون النفس ولا يتناول النفس فلما آلت نقصًا ظهر أن الجراحة لم تكن حقا له؛ لأنها صادقت لا من الابتداء فظهر أن حقه كان في القتل لا في الجرح وما لم يقل وما يحدث منها لا يتناول النفس، وإن مات من الشجة وبرأ من القطع فعلى صاحب الشجة ثلثا المال وعلى صاحب اليد ثلثه.

وكذلك إن كان أحد الجانيين عبدا صالح عن دم عمد على هذه الدار على أنها إن كانت قيمتها ألف دينار فلا شيء له غيرها، وإن كانت أقل منها أتم له ألف دينار فالصلح فاسد وقد بطل الدم ويرجع بالدية؛ لأن بدل الصلح مجهول ففسد الصلح فبقي عفوًا عن القود وهو ما عفي عن القود مجانا بل بعوض، فإذا لم يسلم له العوض لجهالته يرجع بالدية. صالح المريض من دم عمد على ألف قال أبو يوسف رحمه الله: لم يجز إلا من الثلث؛ لأن الدم ليس بمال فكان الصلح من الدم على مال تبرعا والتبرع لا يصح إلا من الثلث.

وقال محمد رحمه الله: يجوز من جميع المال؛ لأنه أخذ عن المال عوضا والدية هاهنا عوض فلا يكون تبرعا كما لو تزوج امرأة على ألف، ألا ترى أن القاتل إذا صار معتوها فصالح عنه أبوه على ألف درهم جاز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إنما جاز هذا؛ لأنه لا قصاص عليه حين صار معتوها ووجبت عليه الدية في ماله.

(فصل)

صالح أحد الوليين عن دم العمد على مائة جاز ولا يشاركه الآخر فيه، فإن كان القتل خطأ يشاركه؛ لأن الدية وجبت لهما بسبب متحد في وقت متحد فصارت مشتركة بينهما وأخذ ربا الدين إذا صالح عن نصيبه كان للآخر أن يشاركه فيما قبض.

فأما المال في القصاص وجب بعقد المصالح قائمًا انقلب حق الآخر مالًا بعد عقد الصلح؛ لأنه بعد الصلح لما تعذر على الساكت استيفاء حقه بمعنى حالًا من جهة الساكت انقلب حقه مالًا وكان انقلاب حقه مالًا بعد وجوب المال الأول بعقد الصلح منه فلم يجب بدل الصلح مشتركا بينهما.

(المنتقى): ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله قال في رجل قطع يمين رجل فصالحه المقطوعة يده على أن يقطع يسار القاطع فقطعه فهذا عفو عن الأول ولا شيء على قاطع اليسار؛ لأنه قطعها بأمره عوضا له من كفه ولا شيء له على قاطع اليمين؛ لأنه أبرأه عن القطع بالصلح، وإن اختصما قبل أن يقطع يساره وقد صالحه على ذلك فليس له أن يقطع يساره ولكنه يرجع بدية يمينه؛ لأنه عفا عن القطع بعوض لا مجانًا، فإذا لم يسلم له العوض وقد سقط حقه في القطع يرجع ببدله وهو الدية، وإن صالحه على أن يقطع يد القاطع ورجله أو على أن يقتل عبدا للقاطع إن قطع يده ورجله رجع عليه بدية رجله، وإن قتل عبده فله عليه قيمة عبده مقاصة منها بدية يده ويترادان الفضل؛ لأنه لا يصح الأمر بقطع الرجل وقتل العبد؛ لأنه لا يصلح حقا له بحال فكان قطعه وقتله بغير حق فيضمن، فأما اليد اليسرى قد تصلح حقا له؛ لأن اليد تماثل اليد ولكن اليسرى أنقص من اليمنى، فإذا رضي بأنقص من حقه فله ذلك فوقع الصلح جائزًا.

ولو صالح على أن يقطع يد هذا الحر أو على أن يقتل عبد فلان ففعل يغرم دية يد الآخر أو قيمة عبده ويرجع المقطوعة يده على القاطع بدية يده؛ لأن هذا صلح فاسد؛ لأن يد غير القاطع لا تصلح حقا له.

نشر عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل قطع يد عبد عمدًا ثم قطع آخر رجله عمدًا فمات منهما فعليهما القود، فإن صالح رجل عنهما بألف درهم كان على قاطع اليد خمسة أثمانها وعلى قاطع الرجل ثلاثة أثمانها؛ لأن بقطع يد واحدة تلف ربع قيمة العبد وذلك ثمنان فلزم بدله قاطع اليد بقي سنة تلف بفعلهما فبدله عليهما نصفان لكل واحد ثلثه. رجل قتل رجلا عمدًا أو قتل آخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كرجل عليه مائة دينار لرجل وألف درهم لآخر فصالحهما على خمسة آلاف درهم فلصاحب البيت ألف درهم مثلها وما بقي فلصاحب الدنانير؛ لأن الفضل على مثل حقه ربا.

ولو صالح أولياءهما على ديتين أو أقل منهما كان بينهما نصفان، ولو قتل عبد

إنسان خطأ أو شق ثوب إنسان فصالحه على أكثر من قيمة العبد أو أكثر من قيمة نقصان الشق جاز؛ لأن القيمة خلاف جنس حقه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أبطل الفضل فيهما جميعا؛ لأن القيمة تماثله معنى فكان الفضل عليها ربا معنى. قطع رجل يد رجل عمدا وشجه آخر موضحه عمدًا فصالحا على مال، فإن المال عليهما على قدر جنايتهما على قاطع اليد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا وعلى الشاج جزءًا واحدا، فإن صالحه من الجناية وما يحدث منها فبرأ فهو على ما وصفت لك، وإن مات منهما فالمال عليهما نصفان؛ لأنها صارت نفسًا فلا ينظر إلى صغر الجرح وعظمه، وإن مات من اليد وبرأت الشجة فعلى صاحب الشجة جزء من أحد عشر جزءًا من المال وعلى قاطع اليد عشرة أجزاء.

(فصل)

قتل العبد والحر رجلًا عمدًا فأمر مولى العبد والحر رجلًا أن يصالح عنهما فصالح عنهما بألف يكون عليهما نصفان؛ لأن الألف بدل عن القصاص والقصاص وجب عليهما على السواء فكذلك بدله.

وذكر في بعض الروايات: وكذلك لو كان القتل خطأ؛ لأن موجب القتل وهو الدية عليهما نصفان إلا أن يتخلص بدفع العبد فكذلك بدلها. مدبر قتل رجلا وفقأ عين آخر فعلى مولاه قيمة واحدة يكون بينهما أثلاثا؛ لأن حق أحدهما في الكل وحق الآخر في النصف؛ لأن العين في الآدمي نصفه، فإن صالح المولى صاحب العين على مائة وقبضت أو لم تقبض وقيمة المدبّر ستمائة فالمائة بينهم على خمسة فيصرف صاحب الدية بأربعة وصاحب العين بمائة؛ لأن حق صاحب الدية قبل الصلح كان في أربعمائة وحق صاحب العين في مائتي درهم؛ لأن حقهما في قيمة المدبر وقيمته ستمائة وبالصلح بطل حق صاحب العين عن مائة وبقي حقه في مائة فيقسم بينهما على قدر حقهما أخماسًا.

ولو كان قبض المائة أولا ثم أبرأه عن المائة ثم اقتسما المائة، قال أبو يوسف:

أولًا نقسم المائة بينهما أثلاثًا؛ لأنه إنما قبض المائة على أن يكون المقبوض مقسوطًا بينهما أثلاثًا؛ لأن حقهما وقت القبض كان أثلاثًا وهذا لا يتغير بالإبراء من بعد؛ لأن الإبراء وجد بعد القبض فالإبراء يعمل فيما بقي لا فيما مضى من التصرف فينصرف الإبراء إلى ما وراء المائة كما بعد القسمة.

ثم رجع وقال: يقسم بينهما أخماسًا وهو قول محمد رحمه الله؛ لأن المقصود من قبض المال المشترك إنما هو القسمة؛ لأن حقهما إنما يتميز ويتعين بالقسمة لا بالقبض فتكون القسمة هي الأصل باعتبار المقصود ووقت القسمة كان حقهما أخماسًا؛ لأن بالإبراء قبل القسمة بطل وجوب القيمة أثلاثًا؛ لأن الإبراء يعمل فيما بقي فتجب القسمة على قدر حقهما كالشركات والمضاربة ويعتبر قدر مالهما يوم القسمة لا يوم القبض فكذا هذا.

صالحهما على عبد فقال كل واحد منهما أنا صاحب الدم ولا بينة لهما إن بيّن مولى المدبر فالقول له؛ لأنهما تصادقا أنهما تلقيا الملك في العبد من جهته فالقول قول المالك في كيفية التمليك؛ لأنه لو أنكر التمليك أصلا كان القول له، فإذا أقر بالتمليك وأنكر مقداره فالقول له، وإن لم يبين يكون بينهما نصفان؛ لأن العبد في أيديهما فيصدق كل واحد إلى النصف أنه له ولا يصدق فيما زاد عليه أنه له إلا ببينة ولأنه يثبت الشركة بينهما بتصادقهما ولم يثبت رجحان أحدهما على الآخر فيتساويان فيه.

مأذون قتل رجلا فصالح لا يجوز بخلاف المكاتب؛ لأن المكاتب صار أحق بنفسه واكتسابه، ولهذا كان دية نفسه وأرش طرفه له حتى يقضي منها بدل كتابته وديونه فكان بهذا الصلح يستبقي يده على نفسه فجاز. فأما المأذون لم يثبت له يد على نفسه حتى لو قطع طرفه فالبدل للمولى لا له بل رقبته مملوكة لمولاه رقبة وتصرفا فكان التصرف فيها لمولاه لا له، ولو جنى عبد له فصالح يجوز؛ لأن عبده من مال التجارة والتصرف في ذلك مفوض إليه وقد صار بمنزلة المستحق، فإذا صالح فكأنه اشتراه، وأما رقبة العبد المأذون ليست من مال التجارة وإنما هي للخدمة ولهذا لا زكاة على مولاه في رقبته وعليه صدقة الفطر وكان التصرف في رقبته إلى مولاه.

(باب صلح المرأة عن دم العمد أو الجراحة على التزوج أو على الخلع)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على النكاح.

والثاني: في الصلح على الخلع.

(فصل)

امرأة قطعت يد رجل عمدًا فصالحته على أنه يتزوجها فلا يخلو إما أن كان القطع عمدًا أو خطأ ولا يخلو إما أن تزوجها على القطع لا غير أو على القطع وما يحدث منه وقد مات الزوج من ذلك أو برأ منه، فإن كان القطع عمدًا وقد تزوجها على القطع لا غير وقد برأ منه جاز؛ لأن موجب القطع الأرش؛ لأن القصاص لا يجري بين الرجال والنساء في الأطراف فصار متزوجا لها على أرش وجب له عليها فتجب التسمية ويسقط الأرش عنها، فإن مات منها يجب مهر المثل وعليها الدية في ثلث يتعين؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله بطلت الشبهة؛ لأنه ظهر أن حقه عليها في القتل لا في القطع فظهر أنه تزوجها على ما لم يكن حقا له فلم تصح التسمية فكأنه تزوجها من غير تسمية وعندهما الجروح على القطع تزوج عليه وعلى ما يحدث منه لما بينا في النكاح وقد مات الزوج فظهر أنه تزوجها على قصاص وجب له عليها والقصاص لا يصلح مهرًا فلم تصح التسمية، فإن تزوجها على القطع وما يحدث منه، فإن برأ كان أرش تلك الجناية بدل الصلح ومهرها، وإن مات من ذلك كان الصلح والنكاح على دية النفس؛ لأنه جعل متزوجا لها على القصاص لما سمي وما يحدث منها فصار كأنه تزوجها على موجب القصاص وهو الدية، وإن كان القطع خطأ فمات، فإن كان مهر مثلها ألفا وهو يجيء ويذهب فهو كالصحيح فيصح في الكل، وإن كان صاحب فراس ولا مال له غيره يعتبر خروج ما وراء مهر المثل عن الثلث ويرفع مهر المثل وهو ألف على العاقلة؛ لأن قدر مهر المثل لا محاباة فيه والباقي فيه محاباة وقد حصلت في حالة المرض فتعتبر وصيته للعاقلة؛ لأن العاقلة

ليسوا بقتلة فيقدر ما يخرج من ثلث ماله ليسلم العاقلة ويؤدي الباقي إلى ورثة الزوج.

(فصل)

جرح امرأته عمدًا فاختلعت منه بها ثم ماتت لا يجب له بالخلع شيء؛ لأن الجراحة متى آلت نفسًا وصارت قبلا من الابتداء كان موجبها القصاص والقصاص لا يصلح بدل الخلع؛ لأنه ليس بمال فبطلت التسمية فوقع الخلع متعريا عن المال فوقع الطلاق مجانًا كما لو خالعها على ما في بيتها ولا شيء فيه ثم ذكر في بعض الروايات أنه يقع الطلاق رجعيًا؛ لأن الطلاق وقع بغير عوض مالي فلا يكون بائنًا، وذكر في بعضها يقع بائنًا؛ لأن القياس أن الطلاق لا يقع إلا بائنًا في الأحوال كلها؛ لأن لفظة الطلاق تبنى على الانطلاق وارتفاع القيد وهي البينونة والفرقة إلا أنه امتنع عمل الطلاق في إثبات البينونة بعد الدخول إذا تعرى وتجرد عن ذكر العوض، فإذا اقترن به ذكر العوض، فإن لم يكن مما لا يعمل في إثبات البينونة كما يقتضيه اللفظ لغةً والصحيح أن في الكتابة يقع بائنًا وفي الصريح اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يقع رجعيًا؛ لأن الله تعالى أعقب الرجعة صريح الطلاق فلا يتصور صريح الطلاق بعد الدخول إلا وأن يكون معقبا للرجعة ولا تظهر فائدة قولنا وقع رجعيًا أو بائنًا بعدما ماتت المرأة في إثبات الرجعة؛ لأن الرجعة بعد الموت لا تتصور وإنما تظهر فائدته في حق الميراث، فإن مات الزوج قبلها فإنها ترث منه متى كان رجعيًا ولا ترث إن كان بائنا ويظهر في حق الوطء، فإن الزوج إذا وطئها بعد هذه المصالحة ثم ماتت إن كان الواقع رجعيا لا يلزمه مهر جديد.

وإن كان بائنًا يلزمه، فإن كانت الجراحة خطأ وماتت فالدية على عاقلته ترفع عنهم الدية بشرط خروج كله من الثلث؛ لأن الخلع سلك به مسلك التبرع فيعتبر، بما لو أبرأت عاقلة زوجها عن الجراحة وما يحدث منها من غير شيء، فإنه يعتبر من جميع المال إن كان في الصحة ومن الثلث إن كان في المرض فكذا هذا.

(باب الصلح في السلم)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الصلح.

والثاني: في الإقالة.

والثالث: في صلح الكفيل.

(فصل)

له على آخر ثوب سَلَمًا فصالحه على نصف رأس ماله وعلى أن يعطيه نصف الثوب ثم جاء بنصف ثوب مقطوع لم يجبر على أخذه إلا بنصف مشاع؛ لأن هذا الصلح إقالة في نصف السلم واستيفاء لنصفه وأنه معروف جنس جميل فكان جائزًا، فإذا أتى بنصف ثوب مشقوق فقد أتى بأنقص مما عليه فيجبر؛ لأن حقه في نصف ثوب شائع؛ لأنه كان في ثوب كامل إلا أنه أقاله في نصفه شائعا ونصف ثوب مقطوع أنقص من نصف شائع؛ لأنه لا يشتري بمثل ما اشترى به النصف الشائع؛ لأن الذرعان من ثوب وأحدهما يتفاوت بعضه يكون أجود من بعض، ولهذا لو اشترى ثوبا مقطوعا بنصفين ثم أراد أن يبيع النصف المقطوع على نصف الثمن مرابحة لم يكن له ذلك؛ لأنه بالقطع أحدث نقصا فيه.

ولو باع نصف الثوب شائعًا بنصف الثمن قبل القطع يجوز. صالحه على أن يأخذ نصف رأس ماله ونصف الثوب معجلا لا يجوز؛ لأن التعجيل زيادة شرطت على رأس مال وقعت الإقالة فيه، فإنه أوقع الإقالة على النصف فيكون رأس مال الإقالة نصف رأس مال السلم فيكون شرط التعجيل وسقوط الأجل في النصف الباقي زيادة عليه؛ لأن المعجل خير من المؤجل والإقالة على أكثر من رأس مال السلم تقع الإقالة جائزة والزيادة باطلة.

ولو حل أجل السلم فرد عليه من رأس المال شيئًا على أن يؤخره شهرا جاز قيل يجوز الرد فأما شرط التأجيل فلا؛ لأنه إنما حط درهما ليؤجله ما كان عليه من السلم شهرًا فكان اعتياضًا عن الأجل فكان باطلا كما لو كان السلم مؤجلا فصالحه

على أن يحط عنه درهمًا ليزيد في الأجل شهرا كان باطلا فكذا هذا إلا أن الإقالة لا تبطل؛ لأنها لا تبطل بالشرط الفاسد لما عرف. وجه رواية الكتاب وهو الفرق بين هذه وبينهما إذا كان السلم مؤجلا فحط عنه المسلم إليه درهما ليزيد في الأجل شهرًا لا يجوز. والفرق أن قبض رأس المال معتبر بقبض المسلم فيه لأنهما يجريان مجرى واحدا في حق القبض حال قيام السلم حتى لا يجوز الاستبدال بهما لما فيه من تفويت القبض، ثم لو قبض بعض المسلم فيه والسلم حال ليؤجل في الباقي جاز فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليؤجل فيما عليه من السلم يجوز اعتبارا لأحدهما بالآخر.

ولو قبض بعض المسلم فيه والسلم مؤجل ليزيد في أجل الباقي لا يجوز فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليزيد في الأجل. أسلم رجلان عشرة في كر ونقد هذا خمسة وهذا خمسة ولم يخلطا ثم صالح أحدهما على رأس المال يصح ولا يشركه الآخر فيه.

(باب صلح الذمي)

(المبسوط): أسلم ذميان في خمر إلى ذمي ثم أسلم أحدهما بطلت حصته ورجع إليه رأس ماله كما في البيع، فإن توي مال للنصراني من هذا السلم فله أن يشارك المسلم فيما قبض من رأس المال لا يثبت للنصراني حق الفسخ في نصيبه؛ لأنه عجز عن قبض المسلم فيه بالتوى، كما لو كان المسلم فيه عصيرًا وقد انقطع أوانه، فإذا فسخ السلم في حصته عاد الأمر إلى ما كان قبل العقد وقبل العقد كانا يشتركان في رأس المال فكذلك إذا ارتفع العقد.

ولو كان رأس المال خمرًا وأسلم أحدهما ثم صالحه عن المسلم فيه على رأس المال لم يجز؛ لأن فيه تمليك الخمر من المسلم؛ لأن الخمر يصير ملكا للمسلم منهما والمسلم منهي عن ذلك ولا وجه إلى إيجاب قيمة الخمر لا يجوز أن تكون مضمونة بالقيمة على الذمي للمسلم، ولهذا يبطل الخمر عن المستقرض باستلام المقرض فلا يمكن تصحيح هذا الصلح بالخمر ولا بقيمتها.

(فصل)

تناقضا السلم ورأس المال عرض وهلك أو باعه قبل أن يقبضه ضمن المسلم إليه قيمته أو وهبه من رب المال بغير عوض لا يضمن استحسانًا، والفرق أن في الهبة وصل إليه عين ما كان يستحقه بالإقالة؛ لأنه وصل إليه بلا بدل يلزمه وفي الإقالة يصل إليه بلا بدل يلزمه فيقوم وصوله إليه بالهبة مقام وصوله بالإقالة لأنهما تساويا في المقصود وفي البيع لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالإقالة؛ لأنه وصل إليه ببدل فلم يكن وصوله بالبيع كوصوله بالإقالة فبقي مضمونًا على المسلم إليه حتى لو وهب منه بعوض يضمن قيمته؛ لأن الهبة بشرط العوض والبيع سواء. أسلم ذميان في خمر إلى ذمي ثم أسلم المسلم إليه ثم إنه صالح مع ربي السلم أو مع أحدهما على رأس المال لا تصح الإقالة في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قوله.

وفي رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قوله وقول زفر: صحت الإقالة وهو بناء على أن المطلوب إذا أسلم هل يبرأ عن ضمان الخمر فعلى هاتين الروايتين لما عرف في البيوع أسلم عشرة في كر ثم مرض رب السلم وحل وهو يساوي عشرة ثم أقال ومات، فإن لم يجز الورثة جازت الإقالة في ثلثي الكر دون الثلث؛ لأنه لا وجه إلى إبطال الإقالة كلها لما فيه إبطال حق المسلم إليه في المحاباة بقدر الثلث ولا وجه إلى تجويزها في الكل لما فيه إبطال حق الورثة فيما زاد على الثلث بالوصية فوجب تجويزها في البعض وهو ثلثي الكر وإبطالها في الثلث؛ لأن ثلث جميع ماله مثل ثلثي المحاباة؛ لأن جميع ماله عشرون فيكون ثلثه ستة دراهم وثلثي درهم والمحاباة عشرة فيكون ثلث ماله مثل ثلثي المحاباة فجازت الإقالة في ثلثي الكر.

(فصل)

صالح الكفيل رب السلم على أن يزيده درهما في رأس المال وقبضه لا يجوز؛ لأنه أجنبي عن العقد؛ لأنه ليس بعاقد ولا هو مأذون من جهة العاقد بالزيادة

والتصرف في عقد هو أجنبي عنه لا يصح؛ ولأن هذه الزيادة لو صحت في الابتداء لبطلت في الانتهاء؛ لأن من شرط صحة الزيادة قبض المسلم إليه الزيادة في مجلس الزيادة ولم يوجد فيبطل فلم يصح في الابتداء قصرًا للمسافة.

(باب الصلح على الأجل وإسقاطه)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إسقاط الأجل.

والثاني: في شرط انحلاله متى أجل.

(فصل)

له على رجل دين مؤجل فصالحه على أن يجعله حالا جاز، وكذلك لو قال: أبطلت الأجل يبطل؛ لأن الأجل حق المطلوب؛ لأنه يرتهن به، فإنه يضطرب في مدة الأجل ويتطلب فيكتسب مالا فيتعذر على إيفاء الدين بمنزلة خيار الشرط.

ولو قال: تركت الأجل في بعض الروايات أنه لا يبطل؛ لأن قوله تركت الأجل يحتمل أي تركته في ملكه على حاله كقوله تركت هذا العبد أي تركته في ملكه ويحتمل تركت الأجل أي أبطلته وأخرجته عن ملكي فوقع الشك في بطلانه ولا يبطل بالشك، كما لو قال لامرأته تركت طلاقك لا يقع إلا بالنية وفي بعض الروايات أنه يبطل؛ لأن ترك الأجل مستعمل في العرف للإبطال لا للإبقاء في ملكه، فإنه يقال ترك فلان حقه قبل فلان يريدون به الإبراء والإبطال لا الإبقاء في ملكه وهذا العرف معدوم في الطلاق فلا يتعين للإيقاع إلا بالنية.

ولو قال للطالب: برئَت من الأجل بنصب التاء يبطل الأجل؛ لأنه وصف الطالب بالبراءة عن حقه وإنما يتصف بالبراءة عن حقه إذا سقط الأجل كما لو قال الطالب للمطلوب: برئت من الدين، وإن قال: برئتُ من الأجل برفع التاء ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أنه لا يبطل وفي رواية أبي حفص رحمه الله أنه يبطل؛ لأن البراءة عن الشيء تقتضي تركه وإهماله والإعراض عنه قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ

﴿بَرِيٓءٞ مِّنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ وَرَسُولُهُۥ﴾ [التوبة: ٣] ويقال فلان بريء من فلان أي معرض عنه وتارك له فيقتضي ذلك إسقاط الأجل وإهماله وتركه فيبطل وصار، كما لو قال الطالب برئت من الدين يبرأ المطلوب فكذا إذا قال المطلوب برئت من الأجل.
وجه رواية أبي سليمان وهو الفرق بين الأجل والدين والفرق أن البراءة إنما تتصور عما على الإنسان لأعماله؛ لأنه بريء عما له وفي الدين قبوله على الطالب إذ أجابه المطلوب وأوفاه حتى يجبر عليه فكأنه قال برئت عن قبول الدين متى أوفاه المطلوب وأبرأ نفسه عن قبول الدين لا يتحقق إلا بعد براءة المطلوب عن الدين فيضمن ذلك إبراء الدين حتى يبرأ عما عليه للمطلوب بخلاف الأجل فإنه لا يجب بالأجل للطالب حق على المطلوب وهو يسلم شيئًا فلا قبول شيء منه حتى ينصرف الإبراء إلى ما عليه للطالب فانصرف الإبراء إلى ما له وأنه برئ عمّا له فكان صادقا في مقالته فلم يتضمن الإبراء عن الأجل.

ولو قال: لا حاجة لي في الأجل لا يبطل كقول الطالب لا حاجة لي في الدين لا يبطل؛ لأن معناه أنا مستغن عنه والاستغناء عن الدين لا يوجب زوال حقه ما دام حيًّا لتوهم الحاجة في الثاني كما في سائر حقوقه وأملاكه.

(فصل)

أجله منجما على أنه إن أخر منجما فالمال حال جاز؛ لأنه لو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كان البيع جائزًا؛ فلأن يجوز في الصلح وأنه أسرع جوازا من البيع أولى. تخرق الثوب بفعل القصار فصالحه على أن يسلم له الثوب على دراهم مسماة إلى أجل يجوز؛ لأنه وجب على القصار قيمة الخرق في الذمة فما بدله من الدراهم يكون بإزاء الثوب المنخرق وبإزاء قيمة الخرق فما يقابل الثوب يكون ثمنا والثمن يجوز أن يكون حالا ومؤجلا وما يقابل قيمة الخرق فهو استيفاء لقيمة الخرق وليس بمصارفة وتأجيل ما وجب له من قيمة الخرق جائز، وكذلك لو صالحه على أن يسلم الثوب للقصار قال رب الدار أجرت شهرين بعشرة وقال الآخر بثلاثة أشهر فاصطلحا على ثلاثة أشهر على أن زاده المستأجر درهما

جاز؛ لأن الزيادة من المستأجر زيادة في الأجرة ومن الآجر زيادة في الأجل وكلاهما جائزان. صالح المريض من دم عمد على مال مؤجل أقل من الدية ولا مال له سواه جاز كما لو خلع امرأته على ألف إلى سنة؛ لأن الصلح عفو ببدل والمريض يملك العفو عن القصاص بغير بدل فلأن يملكه ببدل أولى وذلك؛ لأن حق الورثة لم يكن متعلقا بالمبدل؛ لأنه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فلم يتضمن الصلح إبطال حق الورثة فجاز بخلاف ما لو صالح عن دين وجب بدلًا عما هو مال على مال مؤجل لا يصح التأجيل؛ لأن حق الورثة كان متعلقا بالمبدل، فإذا نقله المريض إلى بدل مؤجل فقد صار الوارث ممنوعا عما يعلق حقه به بسبب تبرعه فلا يجوز إلا بقدر الثلث. صالح المريض من ألف على أن يعجل خمسمائة ويؤخر خمسمائة ولا مال له غيره، فإن كانت الخمسمائة المعجلة عند المريض جاز التأجيل في ثلث الألف، وإن كانت قد استهلكت جاز تأخيره في ثلث الخمسمائة؛ لأن حق الورثة قد يعلق بجميع ماله، ولو صح التأجيل في جميع الخمسمائة لصار الوارث ممنوعا عنها بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا عنها بالوصية؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقهم فصح التأجيل بقدر الثلث. إن كانت الخمسمائة المعجلة قائمة عنده، وإن كانت مستهلكة بأن أنفقها على نفسه يصح التأجيل بقدر ثلثها؛ لأن التأجيل من المريض وصيته معنى ومال الميت لتنفيذ الوصية يعتبر يوم الميت لا يوم الإيصاء.

(باب من يجوز منه تأجيل الدين والحط ومن لا يجوز)

(المبسوط): وحط المضارب بعض الثمن وتأخيره بعيب جائز ولا يجوز عن غير عيب ورب المال لم يملكه مطلقًا؛ لأن المضارب يملك ما هو ثمن صيغ التجارة وتوابعها والحط والتأجيل بعيب من صيغ التجارة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فكان داخلا تحت الإذن بالتجارة. فأما الحط من غير عيب ليس من صيغ التجارة فلم يكن داخلا تحت الإذن بالمضاربة وهذا عندهما، وعند أبي يوسف رحمهم الله يجوز التأجيل ولا يجوز الحط بناء على أن المضارب بمنزلة الوكيل بالبيع والوكيل لا يملك الحط عنده فأما التأجيل من صيغ التجارة فملكه والحط لا فأما رب المال

مالك وتصرف المالك في ملكه جائز مطلقًا إلا إذا كان في المضاربة ربح، فإنه لا يجوز تصرفه في حصة المضارب من الربح؛ لأنه ليس بمالك ولا عاقد فيه.

ولو أخّر أحد شريكي العيان وهو عاقد جاز في الكل وتأخير من لم يلِ العقد لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في حصته كأحد ربي الدين إذا أجل في نصيبه من الدين لا يصح عنده وعندهما يصح في نصيبه خاصة ومن لا يلي العقد من المتفاوضين جاز تأخيره وحطه عن عيب عليهما.

ولو حط من غير عيب جاز في نصيبه خاصة فأما الذي يلي العقد فجائز حطه وتأخيره مطلقًا ويضمن نصيب شريكه؛ لأن المتفاوضين تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يثبت لغير العاقد حق القبض والمطالبة والرد فيملك التصرف في نصيب غير المتصرف من الحط والتأجيل بخلاف شريكي العنان؛ لأنه ليس لغير العاقد حق القبض والمطالبة والتأجيل والحط من صيغ التجارة إذا حصل ممن له حق القبض والمطالبة والتأجيل من غير عيب ليس من صيغ التجارة فجاز في نصيبه خاصة والذي يلي العقد يضمن نصيب شريكه؛ لأنه بمنزلة الوكيل بالبيع والوكيل بالبيع إذا حط الثمن يصح ويضمن لموكله فكذا هذا، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز حطه في نصيب صاحبه أصلا والشريك الخاص لا يصح ما يفعل إلا في حقه إذا لم يفوض إليه التصرف؛ لأن الشريك الخاص وهو ما إذا كان الشيء مشتركًا بين اثنين شركة ملك وباع أحدهما كله بإذن شريكه والبائع في نصيب شريكه وكيل فيملك ما يملكه الوكيل والصبي المأذون يجوز حطه عن عيب ولا يجوز عن غير عيب والتأخير يجوز في الحالين؛ لأن الحط عن عيب من صيغ التجارة والحط بغير عيب تبرع واصطناع والتأجيل من صيغ التجارة لكل حالة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فيملكه.

(باب الصلح عن العيوب)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الصلح عن العيب.

والثاني: في الصلح عن عيب أحد البيعين.

والثالث: في صلح أحد الشريكين.

(الفصل الأول)

صالحه من كل عيب على دراهم جاز ولو اشترى منه العيوب لا يجوز؛ لأن العيب عبارة عن الجزء الفائت وتمليك الجزء ممتنع متعذر فأما الصلح ففي زعم البائع أنه حط بعض الثمن افتداء عن اليمين والخصومة وأنه جائز وفي زعم المشتري أنه يأخذ حصة العيب من الثمن؛ لأن الجزء الفائت يجوز أن يكون له حصة من الثمن، وإن كان وصفا إما بالتناول والاستهلاك أو دفعًا للضرر عن المشتري وأنه متى لم يجز هذا الصلح تضرر به المشتري فاعتبر هذا صلحًا عن حصة العيب من الثمن لا عن الجزء الفائت؛ لأن الاعتياض عن الفائت لا يجوز تمليكا وإسقاطا وكل عيب لا ينقص الثمن لا يجوز الصلح عنه.

اشترى إبريق فضة بمائة دينار فوجده معيبا فصالح من العيب على دينار وقيمة العيب أقل منه بما يتغابن الناس فيه جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز إلا بقدر ما يتغابن في مثله.

لهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن لا عن الجزء الفائت؛ لأن البائع عجز عن تسليم الجزء الفائت فانتقل حق المشتري إلى بدله وهو حصته من الثمن فلا يجوز الصلح على أكثر من ذلك؛ لأن الزيادة ربا له أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة لمكان الربا أمكن تصحيحه بطريق الحط والإسقاط بأن يجعل البائع موفيا بقدر حصة العيب من الثمن وبقدر الزيادة يجعل حطًّا منه عن ثمن الباقي؛ لأن في الصلح معنى الإسقاط والحط، والحط جائز فيجب على البائع رد قدر المحطوط من الثمن إن كان مقبوضا وإلا فيسقط عن المشتري بقدره. ثم الصلح عن العيب يجوز إذا كان المبيع مما يجوز رده على البائع لو له حق المطالبة بأرشه دون ردّه؛ لأن هذا صلح عن حقه، وإن لم يكن له حق الرد ولا أخذ الأرش لا يجوز الصلح؛ لأن هذا أخذ ما لا يقابله شيء فلا يجوز. اشترى ثوبا فخاطه قميصا ثم وجد به عيبا فصالح على دراهم مسماة جاز، ولو باع القميص ثم صالح

جاز؛ لأن العيب بعد القطع والخياطة يوجب حق الرجوع بنقصان العيب فكان هذا صلحا عن حقه فجاز. اشترى حيوانا فوجد بعينه بياضا فصالح منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح؛ لأنه إنما حط عنه الدراهم لأجل البياض، فإذا انجلى البياض فقد زال حقه فلم يسلم له بدله كما لو قلع سن إنسان وأدى الضمان ثم نبتت مكانها أخرى. اشترى أمة بطعام موصوف مؤجل ثم وجد بها عيبا فصالحه البائع على دراهم لم يجز ولو صالحه على طعام موصوف جاز؛ لأن الطعام المبيع دين والدراهم دين فحصل الافتراق عن دين بدين فبطل الصلح. فأما الطعام الموصوف مثل التمر فهو عين حقه؛ لأن حقه حصة العيب من الطعام فيكون الصلح استيفاء العين حقه فجاز. اشترى عبدا من امرأة ونقدها الثمن ثم ظفر بعيب فتزوجها عليه جاز؛ لأنه تزوجها بدين له عليها؛ لأن حصة العيب من الثمن تصير دينا له عليها مقتضى إقدامها على النكاح؛ لأنها لما أضافت النكاح إلى العيب فقد أقرت بالعيب فتصير حصة العيب دينا للزوج عليها فيكون نكاحا بمال متقوم فكان بمنزلة ما لو باعت ثوبا منه بالعيب كان إقرارًا منها بالعيب حتى يصح البيع فكذا هذا؛ ثم إن كان أرش العيب أقل من عشرة يكمل عشرة لما عرف. طعن بعيب في عيب وأنه اشتراها فصالحه من عيبها على مسمى ولم يسمّ العيب جاز؛ لأن جهالة المصالح عنه لا يمنع جواز الصلح لما بيناه. صالح من الغرم في الجارية على عبد لا يبيع العبد مرابحة خاصة؛ لأن حصته من الثمن مجهولة حتى لو باعهما جميعا مرابحة بجميع الثمن جاز، فإن استحقت الجارية وبقي العبد عنده رجع بحصتهما من الثمن وأمسك العبد وانقسمت الألف على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد فيردها بما أصابها وهو النصف فصار كأنه اشتراهما بألف وحصتها من الثمن النصف؛ لأن العبد قام مقام العين والعين نصف فصار بإزائه نصف الثمن بقي بإزاء الجارية النصف ولو لم تستحق الجارية ولكن إقامة البينة أنها حرة الأصل بطل البيع في الكل؛ لأنه ظهر أن البيع كان باطلا والخصومة في العبد كانت فاسدة. اشترى أمة بخمسين دينارا وقبضها ونقد الثمن ثم ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على أن قبل البائع الأمة ورد عليه تسعة وأربعين دينارًا، فإن كان عيبًا لا يحدث مثله أو يحدث

غير أن البائع أقر أنه كان في يده لم يجز الصلح؛ لأن كون هذا العيب عند البائع يثبت بالعيان والمشاهدة أو بالإقرار العري عن التهمة فلا يحل للبائع ما استفضل من الدينار فيجب عليه رد الدينار؛ لأن الدينار المستفضل يسلم له بلا شيء فلا يطيب له، وإن كان عيبا يحدث مثله وكان جاحدا جاز؛ لأن ما استفضل للبائع من الدينار يكون طيبا له ولا يلزمه الرد على المشتري؛ لأنه رد وليس له حق الرد؛ لأنه إن اعتبر الصلح بيعا جديدا يطيب له الدينار؛ لأن البائع زعم أنه ليس للمشتري حق الرد وإنما اشتريت منه ثانيا ومن اشترى ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن كان ما استفضل من الثمن طيبا له، وإن اعتبر فسخا في حقه وفي زعمه أنه تعذر الفسخ فيما فات عند المشتري وإنما يفسخ فيما بقي فكان عليه رد الثمن بحصة ما انفسخ العقد وله إمساك الثمن بحصته ما تقرر العقد فيه واحتبس عند المشتري والدينار إذا كان مثل حصة العيب فله إمساكه فيطيب له الدينار في الحالين جميعا.

(فصل)

اشترى ثوبين كل واحد بعشرة وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا فصالحه على أن ردّه بالعيب على أن زاده في ثمنه درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطلة عندهما، وقال أبو يوسف: لا يجوز الرد أيضًا؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما فسخ للعقد فيكون والإقالة سواء، ولو تقايلا البيع بعد القبض في أحدهما على أن يزيده المشتري درهما في ثمن الآخر يصح والإقالة عندهما وتبطل الزيادة؛ لأن الإقالة في هذه الحالة فسخ وقد شرط فيها شرط فاسد والفسخ لا يبطل، وعند أبي يوسف رحمه الله لا تصح الإقالة والزيادة؛ لأن الإقالة بسبب الزيادة في الثمن عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة. اشترى كر حنطة بكر حنطة فوجد بأحدهما عيبا فصالح الآخر على دراهم لا يجوز؛ لأن هذا اعتياظ عن الجودة وعن الصفة والجودة لا قيمة لها في مال الربا عند مقابلتها بجنسها فيكون باطلا وهل يفسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ينظر إن تلفظا بلفظة الصلح ولم يتلفظا بالزيادة لا يفسد؛ لأن الصلح عقد آخر غير الأول ففساده لا يوجب فساد البيع، وإن تلفظا بلفظة الزيادة بأن صالحه على أن يزيد له كذا يفسد البيع؛ لأن الزيادة تقتضي

مزيدًا عليه فالتحقت بأصل البيع وصارت كالموجودة كذا البيع فيفسد كما لو تصارفا عشرة بعشرة وتقابضا ثم زاد أحدهما لصاحبه درهمًا فسد الصرف عنده خلافا لهما.

(فصل)

اشترى رجلان شيئًا فوجدا به عيبا فصالح أحدهما من حصته جاز فليس للآخر أن يخاصم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الآخر على خصومته؛ لأن عند أبي حنيفة لو أبرأه أحدهما عن حصته بطل حق الآخر خلافا لهما لما مر في البيوع.

اشترى عبدًا فباعه ثم وجد به عيبًا لم يرجع بنقصان العيب، فإن رجع المشتري الثاني على الأول بنقصان العيب وقد مات العبد عنده ثم صالح المشتري الأول بائعه من العيب على صلح لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، وهذا بناء على أن المشتري الثاني إذا رجع على بائعه هل يرجع بائعه على البائع الأول عنده لا يرجع فقد صالح عما ليس بحق له لا عيبا ولا أرشا فبطل وعندهما يرجع فصالح عما هو حق له فجاز، ولو لم يبعه المشتري الأول لكنه قبله أو أعتقه وهو يعلم بالغيب أو عرضه على البيع وهو يعلم بالعيب فصالح البائع على العيب لم يجز؛ لأنه بطل حقه في العيب وفي أرشه، والله أعلم.

(باب الصلح في النكاح والطلاق والخلع)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في النكاح.

والثاني: في الطلاق.

(فصل)

ادعى على امرأة نكاحًا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر جاز ويجب المال قيل هذا ابتداء نكاح كأنه قال أعطيك مائة على أن تكون امرأتي ويحتاج إلى الشهود؛ لأن الإقرار متى كان مقرونا بالعوض كان عبارة عن تمليك مبتدأ؛ لأنه لا يستقيم تمليك العوض بالإخبار عن ملك كائن سابق؛ لأنه وجب عليه الإخبار

بذلك فلا يجوز أخذ العوض عليه وإنما يستقيم أخذ العوض بتمليك مبتدأ من جهته فعملنا بدلالته تمليك العوض أنه أراد بالإقرار التمليك ابتداء لا الإخبار عن ملك كائن سابق والإقرار صالح لذلك؛ لأن الملك فيما مضى سبب لثبوت الملك للحال فمتى تعذر العمل بحقيقته يجعل عبارة عن تمليك مبتدأ للحال حتى لا يلغو، ولهذا لو قال لآخر أقر لي بهذا العبد حتى أعطيك مائة كان بيعا.

ولو قال: أقر لي بألف حتى أعطيك مائة لم يجز، كما لو باع منه ألفا بمائة وقيل يكون إقرارًا بالنكاح والمائة زيادة في المهر؛ لأن الإقرار حقيقة للإخبار عن ملك كائن سابق للمقر له وقد أمكن العمل بحقيقته بأن يجعل العوض زيادة في المهر فلا يجعل لتمليك مبتدأ مجازا؛ لأنه يحتمل أنها كانت منكوحته ويحتمل أنها لم تكن منكوحته فلم يثبت التمليك المبتدأ بالشك والاحتمال. ادعى على رجل ألف درهم فجحد فقال أقر لي بها على أن أعطيك مائة لا يجوز.

ولو قال: أقر بها على أن أحط عنك مائة أو على أن حططت عنك مائة جاز وعليه تسعمائة؛ لأن في الأول بيع الألف بمائة؛ لأن الإقرار متى قرن بالعوض صار عبارة عن تمليك مبتدأ، وبيع الألف بمائة لا يجوز حتى لو ادعى عبدا فجحده فقال أقر لي بهذا العبد على أن أعطيك مائة جاز؛ لأن بيع العبد بمائة جائز وفي الثاني شرط للإقرار حط مائة والإقرار بشرط الحط جائز، فإن حط المائة عن ألف كان على المقر جائز وتعليق الحط بحظر القبول جائز، كما لو قال لغريمه حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة فقيل يصح. ادعى على مجهول أنه عبده فأنكر ثم صالحه على مائة جاز؛ لأن في زعم المدعي أنه عبده وأنه بهذا الصلح يبيع نفسه منه بما يأخذ من المال وأنه جائز وفي زعم المدعي عليه أنه حر إلا أنه يعطيه مالا افتدى عن اليمين والخصومة وكذلك جائز ولا ولاء له، فإن أقام المدعِي بعده البينة أنه عبده لا تقبل ويثبت له الولاء؛ لأن في زعمه أنه عبده وقد أعتقه على مال وفي زعم المدعى عليه أنه حر الأصل ولا ولاء عليه وزَعْم كل واحد منهما معتبر في حقه إلا أن يقيم البينة؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة.

(فصل)

صالح امرأته على أن يطلقها على أن ترضع ولدها سنتين وعلى أن زادها هو ثوبا بعينه وقبضت الثوب واستهلكته فأرضعت الصبي سنة فمات الصبي يرجع الزوج عليها إذا كانت قيمة الثوب والمهر سواء بنصف قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع؛ لأن البدل من جانب الزوج شيئان الطلاق والثوب ومن جانب المرأة شيء واحد وهو الرضاع سنتين فانقسم الرضاع عليهما نصفين؛ لأنهما في العقد شيئان إلا أن ما يخص الثوب يكون إجارة؛ لأنها منفعة بدن قوبلت بمال وما يخص الطلاق يكون خلعًا وهذا الصلح اشتمل على إجارة وخلع وبدل الخلع متى لم يسلم له يرجع بقيمة البدل لا بالمهر ومنافع البدن متى لم تسلم في الإجارة يرجع في الآخر إن كان قائمًا وبمثله أو قيمته إن كان هالكا وهنا لم يسلم نصف بدل الخلع وهو منافع الرضاع؛ لأن بدل الخلع نصف منافع الرضاع ولم يسلم له ذلك فيرجع عليهما بربع قيمة الرضاع؛ لأن بالإرضاع سنة أو في نصف بدله ولم يسلم له نصف المستأجر فيرجع بنصف الأجرة وهو نصف الثوب، ولو كانت زادته مع ذلك شاة قيمتها مثل قيمة الرضاع يرجع عليهما بربع الثوب وبربع قيمة الرضاع وسلمت له الشاة؛ لأنه انقسم البدل من كل جانب على البدل من الجانب الآخر باعتبار القيمة فصار بإزاء الثوب نصف الشاة ونصف الرضاع وبإزاء الطلاق نصف الشاة ونصف الرضاع إلا أن ما يخص الثوب من الشاة بيع؛ لأنه عين مال قوبل بعين مال وما يخص الرضاع إجارة؛ لأنها منفعة قوبلت بعين مال وما يخص الطلاق من الشاة والرضاع يكون خلعا فهذا صلح يشتمل على بيع وإجارة وخلع وقد عجز عن تسليم ربع بدل الخلع وهو إيفاء ربع الرضاع؛ لأن بدل الخلع شيئان نصف الرضاع ونصف الشاة، فإذا عجزت عن إيفاء نصف الرضاع فقد عجزت عن تسليم ربع بدل الخلع فيرجع بربع قيمة الرضاع وعجز عن تسليم ربع المستأجر والمبيع فيرجع بربع قيمة بدلها وهو الثوب، ولو استحقت الشاة مع ذلك رجع عليها بثلاثة أرباع قيمة الثوب وبربع قيمة الرضاع وبنصف قيمة الشاة؛ لأنه لم يسلم للزوج من بدل الخلع ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع وسلم له ربعه وهو ربع الرضاع فيرجع بقيمة ذلك ونصف الشاة بإزاء نصف منفعة الرضاع وقد سلم له نصفها ولم

يسلم نصفها فيرجع بربع أجره وربع قيمة الثوب، ولو استحق الثوب ولم يستحق الشاة والمسألة بحالها، فإن المرأة ترجع على الزوج بنصف الشاة ويرجع عليه بأجر مثلها في السنة التي أرضعت ويرجع الزوج عليها بربع قيمة الرضاع فيتحاصان بذلك ويرجع من له الفضل؛ لأنه لم يسلم للمرأة ما بإزاء الثوب شيء فيرجع على الزوج بنصف الشاة وبربع قيمة الرضاع؛ لأن ما يقابل الثوب كان بيعا وإجارة فيرجع بالبدل لا بقيمته وقد سلم للزوج من بدل الثوب ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع ولم يسلم له ربع الرضاع وما يقابل الطلاق فيكون بدل الخلع فيرجع بربع قيمة الرضاع.

(باب صلح المكاتب والعبد)

(المبسوط): صالح مكاتبه بعدما حلت الكتابة وهي ألف على ألف ومائة أو لم يحل فصالحه على تسعمائة أو يصالحا على مائة دينار وأبطلا الدراهم يجوز؛ لأن الزيادة في بدل الكتابة والحط عنه جائز وفسخ الكتابة الأولى وإنشاء الثانية بتراضيهما جائز فهما لمّا أبطلا الدراهم فاصطلحا على الدنانير فقد جدد الكتابة على الدنانير وانفسخت الأولى ضرورة ولو لم يبطلا الكتابة وصالحه على دين لم يجز؛ لأنه صالحه من الدراهم على دنانير مؤجلا فيكون مصارفة إلى أجل فبطل. كاتب على وصيف إلى أجل ثم صالحه على ألف إلى سنة جاز؛ لأنه تأجيل بعين الواجب، فإن الواجب له بتسمية الوصيف أحد شيئين: إما الوصيف أو القيمة حتى لو أتى بالقيمة أجبر على القبول والقيمة دراهم أو دنانير والتأجيل بعين الواجب جائز. صالح المكاتب غريمه على أقل من دينه وهو منكر ولا بينة له جاز، فإن كان له بينة لا يجوز الحط ويرجع بما بقي؛ لأنه متى كان له بينة فقد أمكنه أخذ جميع الدين فيكون حطا لبعض مع إمكان الأخذ تبرعا واصطناعا بالمعروف، والمكاتب لا يمكنه ومتى لم يكن له بينة ليس له إمكان الأخذ لمجرد الدعوى فيكون هذا اكتسابا للمال تحصيلا للنفع فيملكه كما في الأب والوصي ادعى رجل على المكاتب شيئًا فجحد ثم صالح جاز؛ لأن هذا تبرع على المكاتب؛ لأنه حط عنه بعضا وأخذ بعضا فالتبرع عليه جائز بخلاف الأب أو الوصي من مال الصغير ولا

بينة للمدعي لا يجوز والفرق أن حجر المكاتب عن هذا الصلح لا يفيد؛ لأنه لو أقر بما ادعاه المدعِي فمتى حجرناه عن الصلح يقر بذلك فلا يفيد الحجر، وأما حجر الأب أو الوصي فيفيد، فإنه لم يصح إقرارهما على الصغير بما يدعيه المدعِي فلم يجز صلحهما عند افتقاد البينة، ولو صالحه بعدما رد في الرق لم يجز إذا لم يكن في يده شيء من اكتسابه؛ لأنه لا يجوز إقراره بما ادعاه المدعِي؛ لأنه لا يملك إبقاءه فلا يجوز صلحه في حق المولى ويجوز في حق العبد حتى يؤاخذ به بعد العتق إلا أن تقوم عليه بينة بذلك قبل العجز يجوز صلحه؛ لأنه يملك إيفاء هذا الدين فلأن يملك الصلح عنه وأنه يجوز بدون الحق أولى، وإن كان في يده شيء من اكتسابه جاز صلحه عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما تبين.

(فصل)

والعبد التاجر كالمكاتب في الحط والتأخير والصلح؛ لأنه مثله في الإذن بالتجارة والتقلب في التصرف، ولو حجر مولاه عليه فادعى عليه دين فصالحه وليس في يده كسب جاز صلحه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز؛ لأنه يجوز إقراره عنده لما كان في يده شيء من اكتسابه فيجوز صلحه وعندهما لا يجوز إقراره فلا يجوز صلحه. استهلك حر متاعا في يد عبد محجور عليه لمولاه فصالحه العبد على دراهم مسماة مثل قيمته جاز وعلى عروض أو دنانير لم يجز؛ لأن العبد المحجور فيما في يده بمنزلة المودع، والمودع إذا صالح مع المستهلك فهو على هذا التفصيل فكذا هذا. وما جازت عليه الكتابة جاز الصلح من الرق عليه؛ لأن هذا إعتاق على مال في زعم المدعِي حتى يجوز هذا الصلح على حيوان في الذمة كالكتابة والعتق على مال، ولو أقام المدعى عليه البينة أنه كان عبدًا لفلان أعتقه العام الأول والمسألة بحالها لا تقبل بخلاف ما لو أقام البينة أنه أعتقه المدعِي أو أقام البينة أنه حر الأصل تقبل ويرجع بالمائة على المولى؛ لأن في الأول لا يقدر على إثبات العتق من فلان إلا بعد إثبات الملك له ولا يقدر على إثبات الملك له؛ لأنه ليس بخصم عنه وفي الثاني المدعِي خصم له فقامت البينة على خصم حاضر فيقبل ولأن بإقامة البينة على حرية الأصل أو على إعتاق المدعِي سابقا على دعواه

ظهر فساد دعوى المدعِي وقت الصلح؛ لأن القضاء بالرق مع قيام البينة على حرية الأصل أو على الحرية السابقة على دعواه متعذر فظهر فساد دعوى المدعِي وصحة الصلح عن إنكار إنما تبنى على صحة الدعوى حق ظهر فساد الدعوى فظهر أن الصلح كان باطلا، وإن كان مقرا بالرق وقت الصلح ثم أقام البينة على حرية الأصل أو على إعتاق المولى العام الأول تقبل وترجع المائة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمهم الله لا تقبل بناء على أن البينة على عتق العبد تقبل من غير دعوى عندهما فالمناقضة في الدعوى لا تمنع قبول البينة وعنده لا تقبل بدون الدعوى فالمناقضة تمنع صحة الدعوى والمناقضة لا تقبل من غير دعوى والله أعلم بالصواب.

وصلح المستأمن في دارنا جائز؛ لأنه رضي بأحكامنا فيما التزمه في دارنا وصلح الذمي كصلح المسلمين؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام في حق المعاملات وفي حق إفادة عصمة الأملاك وتجويز المعاقدات لقوله عليه السلام: "**إنما بذلوا الجزية لتكون دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا، وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا**"(١)، إلا في الصلح على الخمر والخنزير، فإنه يجوز بينهم ولا يجوز بيننا؛ لأنه مال معصوم محترم في حقهم لا في حقنا والله أعلم(٢).

---

(١) الأثر عن علي رضي الله عنه "إنما بذلوا الجزية لتكون...." أورده الزيلعي في نصب الراية (٣٨١/٣) واستغربه، وذكر أثرا آخر عن علي رضي الله عنه، وعزاه إلى الشافعي والدارقطني ولفظه "من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا".

(٢) انظر: البدائع ٢٣٥/٧ وما بعدها، و٢٥٢ وما بعدها، والدر المختار ٣٧٨/٥ وما بعدها، وتكملة فتح القدير ٢٥٤/٨ وما بعدها، والشرح الكبير ٢٣٧/٤، و٢٤٢ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص ٣٤٥، وبداية المجتهد ٣٩١/٢، ومواهب الجليل ٢٣٢/٦ وما بعدها، ومغني المحتاج ١٥/٤ وما بعدها، والمهذب ١٧٣/٢، والروضة للنووي ١٤٨/٩، و١٥٠، ١٥٦ والمغني ٦٤٨/٧، و٦٥٢، ٦٥٧، وكشاف القناع ٥٨٥/٥، و٥٨٧، ٦٠٧، ومطالب أولي النهى ٢٨٠/٦.

كتاب الوكالة

تحتاج إلى معرفة: شرعية الوكالة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أما شرعيتها: لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ الآية [الكهف: ١٩] والله تعالى حكى عن أصحاب الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم ليشتري لهم طعاما وكل حكم حكى الله تعالى عن الأمم الماضية والقرون السالفة ولم يعقبه بالنسخ والإنكار يصير شريعة لنا.

ورُوي أن النبي عليه السلام "وكّل حكيم بن حزام بشراء الأضحية" ولأن للناس حاجة ماسة وضرورة دائبة إلى تجويز الوكالات، فإن كل إنسان لا يمكنه أن يتولى جميع ما يحتاج إليه من التصرفات بنفسه إما لعجزه بأن كان زمنا أو مريضا أو لكونها من المحذرات وأهل البيونات أو لعدم هدايته إلى التصرف فجوزت الوكالة لحاجات الناس كما جوزت الإجارة والإعارة.

وأما تفسيرها: فالتوكيل في اللغة عبارة عن التفويض للآمر إلى من يقوم مقامه بتدبيره، يقال: وكلت أمري إلى الله، أي: فوضته إليه، أي: القائم بتدبير أمورهم وقد يكون الاسم مأخوذًا من الحفظ، ولهذا الوكيل في أسماء الله تعالى الحافظ.

ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: إذا قال: وكلتك في كذا فهو وكيل في حفظه؛ لأن اللفظ يقتضي الحفظ والتفويض والحفظ أدناهما وأنه متيقن فلا تثبت الزيادة بالبيان.

وأما ركنها: فقوله: وكلتك بكذا؛ لأن الوكالة تقوم به.

وأما شرط جوازها: على الخصوص فهو أن يكون الموكل به تصرفا بملك الموكل مباشرته بنفسه حتى لو وكل بما لا يملكه الموكل كان باطلا؛ لأن ما لا يملك لا يملك إنابة غيره مناب نفسه في مباشرته إزالة وإيثارا.

وأما حكمها: فقيام الوكيل مقام الموكل فيما وكل به؛ لأن التوكيل استعانة من

فيقيد الملك للمشتري، ولأنه لو رضي بهذا البيع بعد وقوعه وهو لا يشعر نفذ بيعه، فإذا كان الرضاء سابقا على البيع أولى أن ينفذ، ولو قال بع عبدي هذا أو هذا أو قال بع أحدهما فأيهما باع جاز؛ لأنه خيّر الوكيل في بيع أحدهما؛ لأن كلمة أو للتخيير كما في كفارة اليمين ومثل هذه الجهالة مع الخيار لا يمنع جواز البيع مع ضيق حاله فلأن لا يمنع جواز الوكالة مع سعة حالها أولى. قال وكلت هذا أو هذا ببيع هذا العبد جاز استحسانًا فأيهما باع جاز؛ لأن كلمة أو متى دخلت بين شيئين يراد بها أحدهما حقيقة، وإن يراد بها كلاهما بمعنى الواو تكون مجازا والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه فيصير كأنه قال أيهما قبل هذه الوكالة، فإذا باع أحدهما فقد تعين الوكالة فيه فيجوز بيعه وصار، كما لو قال وكلت أحدهما ببيعه أو قال أيكما باعه جاز فكذا هذا.

(النوادر): وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: إذا وكله بقبض الوديعة والمستودع لا يعلم فدفع جاز ولذلك إن علم المستودع ولم يعلم الوكيل جاز.

رجل قال لآخر وكل فلانا بأن يشتري لي منك ما بدا لك كان جائزا.

ولو قال: وكّل من شئت بأن يشتري منه وهذا البائع فلا يملك التوكيل بالشراء معه؛ لأن حقوق البيع تتعلق بالعاقد والواحد لا يتولى طرفي البيع؛ لأنه يؤدي إلى التضاد وهو أن يكون مستزيدا أو مستنقصا وقابضا ومستقبضا.

(الفتاوى): وذكر الحسن بن زياد وأسد بن عمرو رحمهما الله لو قال لآخر: لا أنهيك عن طلاق امرأتي لا يكون هذا توكيلا بالطلاق في العبد. لو قال: لا أنهيك عن التجارة لا يكون إذنا، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وفي الطلاق كذلك وفي العبد يصير مأذونا؛ لأنه لو رآه يبيع ويشتري فسكت يكون إذنا وهذا أولى.

ولو قال لآخر: وكلتك في جميع أمري فقال الوكيل طلقت امرأتك ثلاثا أو أعتقت عبدك ووقفت جميع أراضيك قيل يجوز فعله؛ لأنه عم التوكيل وقيل لا يجوز وهذا المختار للفقيه أبي الليث رحمه الله، فإن من قال لآخر فوضت أمر مالي إليك فالقياس أن لا يصير المأمور وكيلا في شيء من ماله وفي الاستحسان يصير وكيلا في حفظ ماله وهو كقول الرجل وكلتك في مالي.

ولو قال: فوضت إليك أمر عيالي كان وكيلا بالنفقة؛ لأنه يطلق ويراد به التصرف على أهل البيت من الطلاق والعتاق ونحوه ويذكر ويراد به الإنفاق عليهم وهو الأدنى والأقل فيجعل عليه؛ لأنه متيقن وقوله فوضت أمري إليك، قال بعضهم: لا يصلح، وقال بعضهم: يصير وكيلا.

وذكر الحسن وأسد بن عمرو رحمهما الله لو قال لآخر: ما صنعت في عبيدي فهو جائز فأعتقهم كلهم جاز؛ لأنه أطلق من غير تقييد، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز؛ لأنه لا يفهم من هذا اللفظ الإعتاق عرفا، قال أبو الليث الكبير قول أسد فيه أحب إليّ.

ولو قال: وكلتك ببيع كذا فسكت ثم باع جاز، ولو قال: لا أقبل بطل كما لو وهب الدين ممن عليه فسكت سقط، ولو قال: لا أقبل بطل، وكذا لو قال: جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح، ولو قال: لا أقبل يبطل جعل السكوت بمنزلة القبول في هذه المسائل؛ لأنه دل على القبول عادة وفي وقف الأنصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل؛ لأنه وقع لله تعالى.

(باب ما يصح التوكيل فيه وما لا يصح)

(**المبسوط**): أصله: أن الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة التي لا تمنع الامتثال بما وكل به ولا تحتمل الجهالة الفاحشة؛ لأنها مانعة من الامتثال بما وكل به والجهالة أنواع ثلاثة: **فاحشة**: وهي الجهالة في الجنس مثل التوكيل بشراء الثوب والدابة لا تصح، وإن سمى الثمن؛ لأنه لا يمكن للموكل الامتثال بما وكل به؛ لأن ما من جنس من الأموال يشتريه الوكيل إلا وللموكل أن يقول عنيت جنسًا آخر والأمر بما لا يمكن للمأمور الامتثال به كان باطلا. **والثاني**: الجهالة اليسيرة وهي الجهالة في النوع المحض والصفة كالتوكيل بشراء حمار أو فرس أو ثوب يهودي يصح من غير تقدير الثمن؛ لأن بعد إعلام الجنس ما بقيت الجهالة إلا في الصفة والجهالة في الصفة محتملة في الوكالة؛ لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل، فإن اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود وتسمية الثمن لا يشترط لصحة

هذه الوكالة؛ لأن بيان جنس الثمن يصير الثمن معلوما عادة فصار كأنه وكَّله بشراء ثوب يهودي بأي صفة كان وبالثمن المعتاد ولا يألو شرط الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يمكن للوكيل القيام بذلك فضاق الأمر على الناس فلهذه الضرورة لم تجعل جهالة النوع مانعة. **والثالث**: أن لا يصح التوكيل إلا بذكر الجنس والنوع، فإن لم يذكر الثمن بأن قال اشتر لي حمارا أو فرسا ولم يسم ثمنا جاز ويتعين الصفة بحال الموكل؛ لأن الحمار والفرس كل واحد منهما نوع على حدة وكان الجنس معلوما وجهالة الصفة لا تمنع صحة الوكالة. **والرابع**: الجهالة بين الجنس والنوع ولا يصح إلا بذكر الجنس والثمن، وإن لم يذكر النوع، فإن وكله بشراء عبد أو جارية أو دار لا يصح إلا إذا سمى الثمن فيصح؛ لأنه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة، فإن الجمال منفعة مطلوبة من بني آدم، ولهذا جعل رؤية الوجه في بني آدم كرؤية الكل؛ لأن يجمع الجمال وفي هذه المنفعة يختلف الهندي والتركي لأنهما مختلفان من حيث الجمال، فإذا لم يسمّ الثمن ألحقناه بمجهول الجنس، فإذا سمى الثمن ألحقناه بمجهول النوع؛ لأن تسمية الثمن يصير النوع معلوما عادة، فإن ثمن التركي معلوم وثمن الهندي معلوم فكان تسمية الثمن بمنزلة تسمية النوع، وعن أبي يوسف في الأمالي أنه لا يصح التوكيل وإن سمى الثمن لأن بتسمية الثمن لا يصير النوع معلوما، فإن أجود الهندي ثم المسائل على أقسام: **أحدها**: لو دفع إليه الدراهم ليشتري بها الطعام ينظر إن كانت الدراهم كثيرة تصرف إلى الحنطة؛ لأن الناس لا يشترون بالدراهم الكثيرة الدقيق؛ لأن الدقيق يفسد إذا مضى عليه زمان والمعروف كالمشروط، فإن كانت الدراهم وسطا يشتري بها الحنطة أو الدقيق لا الخبز؛ لأن الطعام متى ذكر مقرونا بالشراء فإنما يراد به الحنطة ودقيقها في عرفهم، ألا ترى لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث إلا بشراء الحنطة ودقيقها في عرفهم، والثابت عرفا كالثابت نصًّا، وإن كانت قليلة يشتري بها الخبز؛ لأنه أراد بذلك شراء الخبز عرفا، ولو قال اشتر لي طعاما ولم يبين قدره ولا قدر الثمن لم يصح التوكيل؛ لأنه جنس ما وكل به إن كان معلوما فالمقدار مجهول وجهالة المقدار مانعة له عن الامتثال بما أمر به فكان كجهالة

الجنس، **والثاني**: لو وكله بشراء دار ولم يسم ثمنها لم يجز وإن سمى ثمنها جاز، وإن لم يبين موضع الدار ولا صفتها؛ لأن الدور جنس واحد من حيث إن منفعة أصل السكنى في الكل سواء وأجناس مختلفة من حيث إنها في الحرز والتحصين متفاوتة، فإن التحصين لبعض الدور لا يحصل من غير مالك وحافظ وبالبعض يحصل من غير مالك وكانت بين الجنس والنوع، فإذا بين الحدود أو الثمن ألحق بالجنس الواحد وإلا فلا لما بيناه ويشتري في المصر الذي وكله فيه عندهما، وقال أبو يوسف رحمهم الله: لا يجوز إلا بتسمية المصر؛ لأنه أطلق الوكالة فانصرفت إلى البلدان كلها والدور تختلف في البلدان مع تسمية الثمن وهما صرفا الوكالة إلى دور مصره للعرف والعادة، فإن في العرف بين الناس أن من أمر غيره بشراء دار وهو ساكن في مصر لا يريد شراءها في مصر آخر فنفذت الوكالة بالدار في مصره بالعرف والعادة واللؤلؤة بمنزلة الدار؛ لأنها كثير التفاوت ولو وكله بشراء دار فاشترى دارا لا بناء فيها جاز بخلاف ما لو حلف لا يدخل دارا فدخلها بعدما صارت صخرا لم يحنث والفرق أن في اليمين إنما اعتبر البناء صفة للدار الغائبة لأنا لم نجد وصفا آخر يعرف الغائبة سوى البناء والغائب لا يعرف إلا بالصفة فاعتبر البناء لتعريف الغائب فأما في الوكالة وجدنا صفة أخرى تعرف الدار الغائبة بها وهي تسمية الثمن؛ لأن التوكيل بشراء دار بغير عينها لا يصح إلا بعد تسمية الثمن، فإذا سمى له الثمن فقد أمره بشراء دار تساوي ألفا وهذه صفة للدار؛ لأن قيمة الشيء وما أشبه صفته فحصل التعريف بتسمية الثمن فلم يعتبر البناء صفة للدار فصار كأنه قال اشتر لي دارًا تساوي ألفا وقد اشترى بالمسمى فجاز؛ لأن الدار اسم للعرصة لما بينا في الأثمان هذا إذا اشترى صخرا كانت مبنية في الأصل ثم خربت، فإذا لم تكن مبنية في الأصل، فإنه يلزم الوكيل؛ لأن ما اشترى لا يسمى دارًا وفي عرفنا لا يلزم الأمر في الوجهين؛ لأن في عرفنا لا تسمى الصحراء دارا مطلقًا فلا تدخل تحت مطلق أمره، **والثالث**: لو وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها فاشتراها عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين ومقعدة أو مجنونة جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز ومقطوعة إحدى اليدين أو إحدى الرجلين أو عوراء يجوز

بالاتفاق. لهما: أن مطلق اسم الشيء ينصرف إلى الكامل منه، فإذا كان منفعة الجنس فائتة كان الدار ناقصا فلم يتناوله مطلق اسم الرقبة، وإذا كان جنس المنفعة قائمًا ولكن بعضه فائتًا كان الدار كاملا معيبا والمعيب لا يمنع دخوله تحت الاسم، ألا ترى أنه لا يجوز تحرير العمياء عن التكفير ويجوز العوراء. له: أن مطلق اسم العبد يتناول هؤلاء؛ لأن الفائت صفة وبفوات الصفة لا يحلل اسم العين ولا ينتقص، ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر يدخل تحت هؤلاء، ولو حلف لا يشتري عبدًا يحنث بشراء هؤلاء فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التخصيص والعرف مشترك، فإن الناس كما يشترون العبيد للخدمة يشترون للتحرير وللفك عن ذل الرق، ولهذا لو اشترى قريبه جاز بخلاف الكفارة؛ لأن الأعمى ناقص فيما هو المطلوب من التحرير بحجة التكفير؛ لأن المطلوب من التحرير بالتكفير ما يحصل للعبد من منافعه؛ لأن القربة إنما تقوم بإيصال المنفعة إلى الفقير فإنما تتكامل القربة في التحرير بتكامل المنفعة والمنفعة ناقصة مختلة فلم تتكامل القربة في التحرير بتكامل المنفعة فأما المطلوب من شراء العبد سلامة مالية العبد مساوية لمالية الثمن لا المنافع، فإن المنافع بالشراء تملك تبعًا لا مقصودًا، ولهذا لم يجز شراؤه بثمن لا يعدله، وإن كانت سليمة الأطراف بخلاف ما لو وكله بشراء رقبة؛ لأن الرقبة اسم للذات الكامل الأجزاء، ولو قال: اشتر لي جارية أطؤها فاشترى أخت الامرأة لم يجز؛ لأنه نص على من تحل له وطؤها ولو أطلق جاز؛ لأن الجارية قد تشترى للخدمة لا للوطء والله أعلم.

(الزيادات): أصله: أن الوكيل إذا قدر على تحصيل مقصود الموكل بما وقع عليه التنصيص صح التوكيل له وما لا فلا؛ لأن المقصود من التوكيل الامتثال بما أمر به والامتثال إنما يحصل بما فيه تحصيل مقصود الموكل.

ثم مسائله على فصول:

فصل في الوكالة.

وفصل في البضاعة.

وفصل في المضاربة.

(فصل)

دفع إلي رجل ألفا وقال: اشتر لي بها الثياب، أو قال: ثيابًا، أو قال: أي ثوب شئت أو أي دابة، جازت الوكالة؛ لأن الثياب والدواب اسم جنس، فإنه أدخل فيه الألف واللام وهما للجنس عند انعدام المعهود وليس هنا معهود فكان للجنس ولكن نعلم ببديهة العقل أنه لم يرد به تعميم أجناس الثياب والدواب؛ لأن شراء جميع ثياب العالم من الواحد لا يتصور فعلم أن مراده تعويض الرأي على العموم في شراء هذه الأجناس إليه فصار كأنه قال اشتر لي أي جنس شئت، ولو صرح بهذا صح التوكيل فكذا إذا دل لفظه عليه وكذلك ثيابًا أو دوابًا؛ لأن اللفظ لما كان للجنس والعموم استوى فيه المعرفة والمنكر كاسم الإنسان والناس، ولو قال اشتر لي ثوبا أو أثوابا أو الأثواب لم يجز؛ لأن اسم الثوب يقع على أجناس مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصوده فلم يصح لجهالة الجنس، وأثواب اسم جمع ومفرده ثوب وأدنى الجمع ثلاثة والأثواب أيضًا اسم جمع واللام تدل على التكثير وأكثر ما يتناوله اسم الجمع بهذا اللفظ عشرة، فإذا كان لا يجوز في الواحد للجهالة والجهالة في هذا اللفظ أكبر فلأن لا يجوز أولى، وفرق بين الأثواب والدواب والفرق أنه ليس للجنس هناك اسم سوى الدواب فحملنا قوله على الدواب على الجنس وفي الثياب للجنس اسم آخر سوى قوله الأثواب من ثياب؛ فلأن فلهذا لم يصح التوكيل بلفظ الأثواب ويصح بلفظة الثياب، ولو قال اشتر بها شيئا لم يجز؛ لأن هذا في الجهالة أفحش من قوله اشتر لي بها ثوبا أو دابة، ولو قال اشتر بها أو اشتر بها أدنى شيء جاز استحسانًا لا قياسًا. وجه القياس: أنه تمكنت الجهالة المتفاحشة فيما تلفظ به من المقالة. وجه الاستحسان: أن مراده من قوله أدنى شيء أي أدنى شيء أحببته أو وجدته أو أدنى شيء تيسر شراؤه فيكون الأمر إليه على العموم، وقوله: اشتر بها تفويض الأمر على سبيل العموم بمنزلة قوله خذ هذه الألف فاشتر بها بيني وبينك أو خذ هذه الألف فاشتر بها بالنصف وبالثلث كان تفويضا للأمر إليه على العموم بخلاف قوله شيء؛ لأنه نكرة في الإثبات فيدل على التخصيص وذلك يمنع تفويض الأمر إليه على سبيل العموم، كما لو قال اشتر بها شيئًا بيني وبينك أو بالنصف لا يجوز.

(فصل)

ولو قال: خذ هذا المال بضاعة فاشتر بها ثوبًا، أو قال: أثوابًا جاز بخلاف الوكالة والفرق أن بالبضاعة قامت الدلالة على تفويض الرأي إليه؛ لأنه نص على البضاعة وهي مسبقة من البضع وهو القطع فقد قطع هذا القدر من جملة ماله ولم يقطعه ملكًا وإنما قطعه رأيا وتصرفا فيصير كأنه قال جعلت الأمر في التصرف في هذا المال مفوضا إلى رأيه على العموم ولم يقم الدلالة في التوكيل فصح التوكيل، وكذلك لو كان مكان البضاعة مضاربة؛ لأن المضاربة تفويض الأمر إلى رأيه في التصرف في هذا المال على العموم، ولو قال: خذ هذا المال بضاعة إلى فلان صار رسولًا بالدفع إليه؛ لأنه يراد به عند الإطلاق الرسالة ومطلق الكلام ينصرف إلى المعتاد، ألا ترى أنه لو قال هذا الطيلسان بضاعة إلى مكة كان هذا على البيع، ولو قال: إلى فلان بمكة يكون على الرسالة حتى يدفعه إلى فلان، وإن قال: بضاعة ولم يقل إلى فلان فالتدبير إليه؛ لأنه نص على البضاعة دون الرسالة فقد فوض الأمر إلى رأيه، ولو قال: إني أريد أن أشتري طيالسة فقال آخر خذ هذا المال بضاعة فهو على شراء الطيالسة، فإنه أخرج الكلام بناء على المقدمة المذكورة فتصير تلك المقدمة كالمعادة في كلامه، ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي فالأمر باطل؛ لأنه ألحق بآخر كلامه ما يمنع جعل الأمر مفوضا إلى رأيه على العموم وهو أنه سوى حوائجه ولا يقف غيره على حوائجه ولأنها مجهولة في نفسها، ولهذا يمنع صحة الوكالة فيمنع صحة البضاعة وضرورة الأمر مفوضا إلى رأيه على العموم، ألا ترى لو قال: هذه الألف بضاعة على أن تشتري بها ما أريده لم يكن له أن يشتري بها شيئا؛ لأن ما يريد رب المال غير معلوم للمستبضع فقد عجز عن تحصيل مقصوده فلم يصح الأمر فكذا في حوائجه. مستبضع اشترى شيئًا ثم استكرى دوابا تحمله فهو متطوع؛ لأنه أنفق على مال الغير بغير إذن مالكه، ولو أمسك بعض المال لاستئجار الحمولة أو يشتري نفقة الدقيق جاز استحسانا؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى المعتاد والشراء بالبعض والإنفاق بالبعض معتاد والشراء بالجميع والإنفاق من مال نفسه تبرعا معتاد فكل واحد منهما معتاد فيما بين الناس فانصرف الأمر إليهما فيصير مأذونًا فيهما فكان موافقا للأمر إذا اشترى بالجميع وأنفق من ماله إلا أنه

متبرع؛ لأنه لم يأمره بالإنفاق من ماله، وإن كان وكله في المصر رجع استحسانا؛ لأن الإذن لهذا ثابت في المصر دلالة، فإن من أمر غيره بالشراء في المصر يكون إذنًا بالنقل ولا نقل إلا بالكراء فيكون إذنا له، بأداء الكراء من ماله دلالة فتركنا هذا القياس في المصر باعتبار الدلالة ولا دلالة في الخارج من المصر ونظيره إذا اشترى حطبا في المصر فعلى البائع تسليمه إلى منزله استحسانا، ولو اشتراه خارج المصر ليس عليه حمله إلى منزله وإن استكرى من مال نفسه، فإن أمسك البعض لنفقة الدقيق الذي اشتراه فلم ينفق حتى مات رب المال ثم أنفق ولا يعلم بموته لا يضمن استحسانا، فإن علم يضمن. وجه القياس: أن هذا عزل حكمي ثبت بانتقال الملك إلى الورثة فلا يختلف بالجهل والعلم كالموكل إذا أعتق العبد الموكل ببيعه. وجه الاستحسان: أن الأمر كان ثابتا ولم يبلغه المنهي والمبطل للأمر وهو الموت فلو انتهى الأمر كان تعزيرا وفيه ضرر، فإنه يصير ضامنا للنفقة على ظن أنه مأمور بالإنفاق فيصير مغرورا متضررا فجعل الأمر باقيا بجعل الموت عدما في حقة دفعًا للضرر عنه، بخلاف ما لو اشترى به شيئًا بعد موت رب المال ولم يعلم به كان مشتريًا لنفسه وضمن المال؛ لأنه لو انتهى الأمر في حقه بموت رب المال لا يتضرر؛ لأنه إن صار الثمن مضمونًا عليه فالمبيع يدخل في ملكه؛ لأن الشراء يقع له بخلاف الأول؛ لأنه ليس بإزاء ما ينفق على الدقيق عوض يدخل في ملكه نهاه رب المال بالكتاب ثم أنفق على الدقيق يصح نهيه في البضاعة دون المضاربة؛ لأن حق المضارب قد تعلق بذلك المال بالشراء؛ لأنه صار شريكا في الربح والربح لا يحصل إلا بالإنفاق على الحمل فلم يصح نهيه ولا حق المستبضع في المال فلا يعلق له به فصح نهيه فصار منفقا ماله بغير إذنه وإذن من يلي عليه وهو القاضي فضمن كالمودع إذا أنفق على عبد الوديعة بغير إذن صاحبها وإذن من يلي على الغائب وهو الغائب فكذا هذا.

(باب من يصلح بوكيله ومن لا يصلح)

(**المبسوط**): أصله أن التوكيل استنابة واستعانة فمن ملك التصرف بحكم الأصالة يملكه بحكم النيابة والاستعانة لغيره. وكّل عبده أو عبد غيره بإذن مولاه أو

صبيا عاقلا بإذن وليه أو ذميا أو الذمي مسلما أو المسلم حربيا مستأمنا في دارنا جاز؛ لأن هؤلاء يملكون التصرف بحكم الأصالة لأنفسهم فيملكون بحكم النيابة لغيرهم، فإذا وكّل صبيا لم يلزمه الثمن إلا أن يكون مأذونا في التجارة فيلزمه الثمن؛ لأن الصبي العاقل أهل للتصرف؛ لأنه محجور عن التصرف لنفسه؛ لأنه دائر بين الضرر والنفع غير محجور عن التصرف لغيره؛ لأنه نافع محض له لما فيه من تصحيح عبارته ونفاذ نطقه ويهتدي بذلك في التجارات والمعاملات إلا أن في لزوم العهدة ضررًا به فلا تلزمه العهدة، وإذا كان مأذونا تلزمه؛ لأن المأذون من أهل التزام ضمان الثمن ليفيد الملك في المشترى فالصبي مما يلتزم من الضمان يملك المشترى حكما واعتبارا، فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه وتوكيل الصبي غيره باطل إلا أن يكون مأذونا فيه؛ لأن المحجور لا يملك التصرف بنفسه فلا يملك التفويض إلى غيره والمأذون يملك فيملك التفويض إلى غيره. وكّل عبده فباعه فلم يرض المشتري بذلك لا يجبر على الوكالة؛ لأن في ذلك ضررا عليه وهو تعطل منافع عبده عليه فيكون له ولاية المنع والإبطال بسبب الملك.

(باب وكالة الأب والوصي في مال الصبي)

(المبسوط): وللوصي أن يوكل بكل ما يفعله بمنزلة الأب؛ لأنه أقامه مقام نفسه عن ولاية شاملة على التصرفات العامة، فإن بلغ الصبي انعزل وكيله لزوال ولاية الوصي على الصغير ببلوغه رشيدًا كما في الأب، بخلاف ما لو أذن الوصي أو الأب لعبده في التجارة ثم بلغ الصغير لا يحجر العبد؛ لأن العبد بعد الإذن يتصرف بحكم الأصالة لا بحكم النيابة عن المولى؛ لأن الإذن فك الحجر وإسقاطه لا أنه إنابة وإقامة مقام نفسه فلا يحجر بالعزل. المولى وكّل اليتيم وأجاز وصيته جاز؛ لأن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة. صبي يعوله ذو رحم محرم منه وليس بوصي له لم يجز عليه من التصرفات إلا إجارته وقبض الهبة والصدقة استحسانًا؛ لأن الذي يعوله يملك برقبة الصغير وحفظه وتحصينه؛ لأن في ذلك نفعا للصغير بحيث لا

يشوبه ضرر وقبول الهبة في معنى الحفظ؛ لأنه يقع محضًا لا يشوبه وكذا إجارة نفسه تقع محضًا له لما فيه حفظه وتحصينه عن المهالك؛ لأنه لو تركه يشتغل باللعب فعسى يفضي إلى هلاكه ولأنه لو لم يؤاجره تتعطل عليه منافعه وبالإجارة يتوفر عليه بدل منافعه فيكون ذلك في معنى حفظ نفسه فيملك ذلك بولاية الحفظ لا بالولاية على نفسه.

ولو أجر دابته وعبده لم يجز؛ لأنه ليس في معنى حفظ نفسه ولأنه يستعمل دابته وعبده في أمور الصبي فلا تتعطل عليه منافعه. وكّل الأب رجلا ببيع متاع الصبي ثم مات الصبي ووارثه الأب بطلت الوكالة؛ لأن بموت الصغير زالت ولاية الأب ولزوال ولاية الموكل أثر في انعزال الوكيل، كما لو زالت ولاية الأب، ببلوغ الصغير بل أولى؛ لأن ببلوغه لا يزول ملكه بما وكله به ولزوال المحل أثر في انعزال الوكيل، فإذا انضم إليه زوال ولاية الموكل أولى، وكذلك لو مات الأب تبطل والمجنون بمنزلة الصغير في حق ولاية الأب عليه؛ لأنه عاجز عن التصرف بنفسه مستحق للنظر بمباشرة تصرف من يلي عليه.

(باب توكيل العبد المأذون والمكاتب)

(المبسوط): والعبد المأذون والمكاتب كل ما جاز لهما أن يفعلا جاز لهما أن يوكلا ؛ لأن التاجر لا يمكنه القيام بجميع التجارات بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره. أذن لهما الولي في التزويج فوكّلا لم يجز لأنهما يملكان التزويج بوكالة خاصة بعد الإذن السابق بالتجارة فإنهما لا يملكان التزويج بالإذن بالتجارة والوكيل الخاص لا يملك أن يوكل غيره بما وكل به؛ لأنه عامل لغيره لا لنفسه.

ولو أذن له في التزويج وأن يوكل به ثم نهاه عن التزويج فالوكيل على وكالته ما لم يعلم؛ لأنه إنما صح توكيله بإذن الولي فصار توكيل العبد كتوكيل الولي ولو نهى الولي وكيله وعزله لا يصح ما لم يعلم به كالحر إذا وكل رجلا بالشراء وأمره أن يوكل غيره فوكل ثم عزل الثاني لا يصح العزل ما لم يعلم فكذا هذا. وكّل المأذون رجلا فعزله الولي لم يصح عزله كان عليه دين أو لم يكن لأنا لو أبطلناه نعيده العبد

ثانيا فلا يفيد إبطاله. وكّل التاجر مولاه بقبض ديونه فليس للمولى أن يوكل غيره؛ لأنه يتصرف بحكم الوكالة والنيابة لا بحكم الأصالة فصار كما لو وكل أجنبيا، فإن وكل الولي مع هذا وباشر وكيله شيئًا هل يجوز ينظر إن لم يكن على العبد دين يجوز؛ لأنه إن تعذر تنفيذه بحكم الوكالة أمكن تنفيذه بحكم الملك؛ لأن المولى مالك كسبه، وإن كان عليه دين لا يجوز؛ لأنه تعذر تنفيذه بحكم الوكالة والملك؛ لأن المولى لا يملك كسبه. وكل العبد التاجر ببيع عبد ثم أبق العبد فخرج الوكيل من وكالته لأنه يحجر بالإباق والوكيل يحجر وينعزل بإحجار الموكل؛ لأنه يعجز عن التصرف بالإحجار كما يعجز بالموت. وكل عبد محجور رجلا ليشتري له شيئًا ثم أعتقه مولاه أو أذن له في التجارة أو كاتبه لم يخرج الوكيل من وكالته؛ لأن تصرف العبد المحجور كما يوقف على إجارة المولى يوقف على العبد إلى وقت فك الحجر؛ لأن تصرف العبد كما يقع للمولى يقع للعبد لأن تصرفه صحيح بصدوره من أهله في محله لكونه عاقلا ناطقًا مكلفًا فكان صحة تصرفه بحكم مالكيته وإنما امتنع نفاذه بحق المولى لضرر يلحقه، فإذا نال حق الولي نفذ عليه من وقت وجوده بخلاف الشراء، فإنه لا يتوقف نفاذه على العبد حتى إذا عتق لا ينفذ عليه؛ لأن حكم الشراء هو الملك والعبد ليس من أهل الملك لعقد أهليته لا لحق الولي فلم يتوقف عليه؛ لأن الموقوف متى نفذ لزوال المانع فإنما ينفذ من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ولا يمكن تنفيذه من وقت وجوده.

(باب الوكالة بالخصومة)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في التوكيل بالخصومة.

والثاني: في تصرف الوكيل.

(فصل)

التوكيل بالخصومة جائز أجمعت الأمة عليه، ورُوي عن علي رضي الله عنه أنه

كان يوكل عقيلا بالخصومة، ولم ينكر عليه منكر ولا عير عليه معير، فحل محل الإجماع.

ولا يصح التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة، أي: لا يلزم وعندهما يصح لهم إن التوكيل صادف خالص حقه؛ لأن التوكيل إن كان من المدعِي فلأنه تناول الدعوى والدعوى خالص حقه؛ لأن حق المرء ما ينتفع به وهو ينتفع بها؛ لأن بها يتوصل إلى حقه، وإن كان من المُدَّعَى عليه فلأنه يتناول الجواب والجواب إما إنكار أو إقرار والتوكيل بالإقرار لا يفتقر لزومه إلى رضى الخصم والإنكار خالص حقه؛ لأنه يجلب نفعا؛ لأنه بالإنكار يدافعه عن نفسه فيندفع به ضرورة وهو مستقل به فصح أن التوكيل صادف حقه فيلزم بدون رضى الآخر كالتوكيل بقضاء الدين واقتضائه. له: أن فيه توهم إبطال حق الآخر بغير حق بخذل الوكيل؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومة تفاوتا فاحشا فرب إنسان يكون أهدى وأحذق في الخصومات والتورية وردّ الشهود حرجا فتطول الخصومات بمعاريض وبالحيل وتصوير الباطل بصورة الحق فلا يقع الآمن عن التلبيس والتدليس وكذا الناس يتفاوتون في إدلاء الحجة وإفحام الخصم بعبارته وخذله فيتوهم إبطال حق الآخر بغير حق يخذله، ولهذا قال عليه السلام: "**إنكم لتختصمون لديّ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض - أي أفصح - فمن قضيت له بشيء من حق أخيه المسلم [فلا يأخذه،] فإنما أقضي له بقطعة من نار**"[(١)].

دل أن في التوكيل احتمال الضرر بالآخر فله أن لا يرضى بذلك دفعا للضرر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٤٢٨ و٢٣٨٥٦ و٣٧٦٤٣) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٦/٣٢٠ (٢٧٢٥٣) قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٣٥٨٤) قال: حدثنا الربيع بن نافع، أبو توبة، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٥٨٥) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى الرازي، قال: أخبرنا عيسى. و«أبو يعلى» (٦٨٩٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأزدي، قال: حدثنا صفوان بن عيسى. وفي (٧٠٢٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا زيد بن الحباب العكلي.

خمستهم: (وكيع بن الجراح، وعبد الله بن المبارك، وعيسى بن يونس، وصفوان بن عيسى، وزيد بن الحباب) عن أسامة بن زيد الليثي، عن عبد الله بن رافع، مولى أم سلمة، فذكره.

عنه وهذا التفاوت قائم عنهما في حال خصومتهما لكن سقط اعتباره بالإجماع لضرورة صيانة حقوق الناس عن الإبطال ولا ضرورة في حال الخصومة مع الوكيل فبقي هذا مانعا من التوكيل، وإن كان الموكل مريضًا أو مسافرا فالتوكيل منهما لا يلزم بدون رضى الخصم بل يقال للمدعي إن شئت جواب خصمك فاصبر ليرتفع العذر، فإن لم تصبر فسبيلك الرضاء بالتوكيل، فإذا رضي لزمه برضاه، وفي ظاهر الرواية المرأة بمنزلة الرجل بكرا كانت أو ثيبًا واستحسن المتأخرون من أصحابنا رحمهم الله إذا كانت المرأة مخدّرة غير برزةٍ جاز توكيلها بغير رضاء الخصم؛ لأنها عاجزة عن الخصومة وإدلاء الحجة بسبب الحياء.

(فصل)

الوكيل بالخصومة لا يخلو إما أن نوكله بالخصومة مطلقًا أو نوكله بالخصومة والإقرار جميعًا وتوكله بالخصومة غير جائز الإقرار، أما إذا وكله بالخصومة مطلقًا فأقر على موكله في مجلس الحكم يصح وفي غيره لا، وعند أبي يوسف رحمه الله يصح فيهما، وعند زفر والشافعي لا يصح فيهما.

لزفر: أنه وكله بالخصومة والإقرار ضد الخصومة ويقتضيها؛ لأن الخصومة عبارة عن المنازعة والمشاجرة والإقرار عبارة عن المسالمة والمساعدة فكانا ضدين والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده فكان إيتاء بغبن ما وكله به فلا يصح.

لنا: أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصم مجازا؛ لأن بين الخصومة والجواب مشابهة في معنى يختص بالخصومة وملازمها وهو الجواب به وإظهار الحق فجاز إطلاق اسم الخصومة على الجواب استعارة ومجازا، ولهذا القاضي يطلب من الخصم جواب خصمه فيقول له أجب خصمك بلا أو بنعم فلا يطلب منه المخاصمة والمحالفة وقد مست الحاجة إلى جعله توكيلا بالجواب؛ لأن التوكيل بالإنكار متردد بين الصحة والفساد؛ لأن التوكيل إنما يصح بما مملوك وحلال له شرعا والإنكار غير مملوك وحلال له قطعا بل هو محتمل متردد فأما الجواب المطلق وهو أحد الجوابين لا بعينه إما إنكارا أو إقرارًا مملوك له قطعا إن كان

المدعِي محقا فجوابه مملوك له بالإقرار، وإن كان مبطلا فجوابه مملوك له بالإنكار فكان العمل بالمجاز تصحيح الوكالة قطعا وفي العمل بالحقيقة إفسادها من وجه فجعلناه مجازا عن التوكيل بالجواب المطلق حملا لتصرفه على الصحة والسداد قطعا فصار كأنه قال وكلتك بجواب الخصم فيتناول الإقرار والإنكار جميعا، لأبي يوسف التوكيل بالخصومة لما صار عبارة عن التوكيل بالجواب مجازا صار كأنه قال وكلتك بجواب الخصم والتوكيل بالجواب حصل مطلقًا ولا يتقيد بمكان كما لو وكله بالإقرار نصًّا بخلاف الإنكار يتقيد بمجلس القاضي للضرورة؛ لأن في الإنكار يحتاج إلى إقامة البينة أو الاستحلاف وكلاهما لا يصح إلا في مجلس الحكم.

لهما: أن التوكيل بالإقرار لم يثبت نصًّا وإنما يثبت مقتضى التوكيل بجواب الخصم وجواب الخصم مقيد لمجلس الحكم؛ لأنه لا يستحق الجواب على المطلوب إلا في مجلس الحكم فقد وكله بالجواب عند القاضي فلا يصح في غير مجلسه كما في الإنكار، وأما إذا وكله بالخصومة والإقرار يصير وكيلا بهما، وقال الشافعي رحمه الله: لا يصير وكيلا بالإقرار وهذا بناء على أن التوكيل بالإقرار عنده يكون إقرارًا من الموكل عندنا لا يكون إقرارًا لا يقر صريحا ولا مجازا؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى الإقرار بلسان غيره صيانة لعرضه وماء وجهه من جرِّه إلى باب القاضي وهذا العرض مطلوب فيما بين العقلاء فلا حاجة إلى جعل توكيله عبارة عن التوكيل بالإقرار مجازا وأما إذا وكله بالخصومة واستثنى الإقرار لا يصير وكيلا بالإقرار؛ لأنه لما استثنى الإقرار فكأنه قال وكلتك بالإقرار ولو صرح بهذا لا يصير وكيلا بالإقرار، وأما إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين وقد اختلف فيه المتأخرون قيل لا يصح؛ لأن التوكيل تفويض الأمر إلى من يقوم بتدبيره وفي هذا التوكيل تعطيل وليس بتفويض؛ لأن جواب الخصم يكون إقرارًا وإنكارا، فإذا استثناهما فلم يفوض إليه شيئًا قيل يصح التوكيل ويصير وكيلا بالسكوت في مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه؛ لأن مقصود الطالب من الجواب يحصل بالسكوت وهو سماع البينة قبل السكوت من الخصم

كافٍ لسماع البينة عليه كالإنكار وللموكل نوع فائدة في قصر الوكالة على هذا القدر؛ لأنه ربما تقع الخصومة في البيع ولو أقام الطالب البينة على البيع قبل القضاء عليه لو أقر المشتري وأراد أن يرد عليه بالعيب أمكنه ذلك إذا كان ساكتا ولو أنكر الوكيل البيع لا يمكنه ذلك؛ لأنه متى أنكر يصير مناقضا، فإن إنكار الوكيل كإنكاره ولم يصر مكذبا في إنكاره بتعيين إقامة البينة ما لم يقض القاضي عليه بالبينة.

والوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص إذا أقر لا يصح؛ لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات لأحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم وليس له أن يقبض، وقال زفر: لا ينفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والتدبير؛ لأنها احتجاج ومناظرة ومبنى المناظرة والمحاجة على الرأي والتدبير، فيشترط اجتماعهما على ذلك كما في التوكيل بالبيع والشراء.

لنا: أن اجتماعهما على الخصومة بمجلس الحكم لا يقيد؛ لأنه لا وجه إلى أن يتكلما ويتخاصما معا صيانة لمجلس القضاء عن الشغب والازدحام وتحرِّيًا للصواب، فإن الحق سيخفى ويلتبس عند الازدحام والشغب، ولا وجه أن يتكلما متعاقبين؛ لأنه بعدما خاصم أحدهما لا يمكن للقاضي الآخر من المزاحمة في ذلك المجلس لإتمام الخصومة بالثاني؛ لأنه وجب استماع كلام الثاني والثالث إلى الألف فيؤدي إلى تفويت حقوق الناس ولا يراعى من الشروط ما لا يفيد بخلاف القبض؛ لأنه رضي بأمانتهما وفي اجتماعهما على الحفظ زيادة فائدة؛ لأنه متى قصده قاصد يقدران على دفعه، وإذا هم أحد بالمحاربة منعه الآخر.

وليس للوكيل بالخصومة أن يصالح أو يهب الحق أو يبيعه؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصم فهذه التصرفات ليست من جواب الخصم فلا يدخل تحت الوكالة.

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(**المبسوط**): الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما عز وهان وبأي ثمن كان جاز عند

أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه، ولا يجوز إلا بالأثمان.

لهما: أنه مأمور بالبيع والمفعول بيع من وجه تبرع من وجه لوجود معنى التبرع فيه وهو بدل مالي خالٍ عن العرض؛ لأن الزيادة إن كان بإزائها بدل مالي تسمية فليس بإزائها مال حقيقة، فإنه لو باع عبدا يساوي ألفا بخمسمائة فهو في نصف العبد بائع تسمية وتبرع حقيقة، ولهذا لا يملك الأب والوصي والمريض البيع بغبن فاحش فصار الوكيل مخالفا أمر موكله ولا ينفذ كالوكيل بالشراء إذا اشترى بغبن فاحش.

له: أنه أتى بما ينطوي عليه إطلاق الموكل فنفذ؛ لأنه وكله بالبيع المطلق والمأتي به بيع حقيقة؛ لأن البيع مبادلة مال بمال تسمية لا حقيقة والبيع ليس إلا مبادلة مال بمال تسمية وما فائدة هذه التسمية إن لم يترتب عليها حقيقة البيع ولأن الصادر منه صيغة البيع وبصيغة البيع لا ينعقد بغبن البيع مع أن البيع مع التبرع يجريان مجرى الضدين فلا يجتمعان في ذات واحد، ولهذا يوصف البيع بكونه خاسرا أو رابحا أو عدلا والخاسر وصف البيع حقيقة؛ لأنه لا يتصور الخاسر إلا في البيع إلا أن البيع الخاسر شبه التبرع لا أنه هو التبرع من وجه فالبصل يشبه البيض لونًا وحجمًا لا أنه هو البيض، ولهذا لو حلف ببيع هذا العبد فباعه بغبن فاحش يحنث ولو لم يكن المأتي به بيعا من كل وجه لا يتحقق شرط الحنث والأب والوصي لا يملكان البيع الخاسر لا أنه تبرع بل لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والأحسن وهذا ليس بأحسن.

وكّله ببيع عبد فباع العبد من نفسه لا يجوز؛ لأن بيع العبد من العبد إعتاق، ولهذا لا يملك المولى الرجوع عنه قبل قبول العبد ويثبت الولاء للمولى كما لو أعتقه على مال والوكيل مأمور بالبيع غير مأمور بالإعتاق وإن باعه من ابن العبد جاز؛ لأن بيع العبد من قريبه بيع وليس بإعتاق في الزمان الأول ثم بعد الملك ينقلب إعتاقا حتى يملك البائع الرجوع قبل قبول المشتري فيثبت فيه خيار الشرط للبائع والمشتري جميعا ويثبت الولاء للمشتري كما لو اشتراه فأعتقه فالبيع داخل تحت الأمر.

وكّله بالبيع الفاسد فباع بيعا جائزًا جاز عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله.

له: أنه أمره ببيع لا يزيل الملك بنفسه ويملك الموكل نقضه وقد باع بيعا يزيل الملك بنفسه ولا يملك نقضه فصار مخالفا فصار كما لو وكله ببيع بخيار فباع باتا.

لهما: أنه أمره بالبيع وبأن يشترط فيه شرطًا فاسدًا، والأمر بالبيع إن صح فلم يصح الأمر باشتراط شرط فاسد فيه؛ لأنه أمره بالمعصية والأمر بما يضمنه معصية باطل، وإذا لغى الأمر باشتراط شرط فاسد نفي الأمر بالبيع مطلقًا فصار كما لو قال بع فباع بيعا جائزا جاز فكذا هذا بخلاف الأمر بالبيع بخيار؛ لأنه لا معصية في اشتراط الخيار، فإنه شرط منفعة فوجب مراعاته. وكّله بأن يبيع عبده بألف بوزن سبعة فباع بألفين بوزن خمسة جاز؛ لأن ألفين بوزن خمسة أكثر من ألف بوزن سبعة فقد باع بما أمر به وزيادة.

(باب الوكالة بالشراء)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الوكيل بشراء شيء بغير عينه.

والثاني: في الوكيل بشراء شيء بعينه.

(فصل)

لو وكله بشراء شيء بغير عينه فاشتراه بغبن فاحش وهو ما لا يتغابن الناس فيه لا يلزم الموكل؛ لأنه متهم فيه؛ لأنه لا يحجر عن الشراء لنفسه فيتهم أنه اشتراه لنفسه، فإذا وجد به عيبًا فاحشًا أظهر لموكله وموضع التهمة مستثنى عن التوكيل.

ولو اشتراه بغبن يسير نفذ على الموكل؛ لأنه لا يمكن التحرر عنه فصار معفوًا ولا يكون الأمين متهما فيه، وقيل الغبن اليسير ما يدخل تحته تقويم المقومين فالكثير ما لا يدخل وقيل في الدراهم ده دائك وفي العروض ده يتم وفي الدواب ده بارده وفي العقار ده دوار ده.

وهكذا رُوي عن محمد نصًا وإنما وقع التفاوت لقلة العادة في بيع العقار

وكثرتها في بيع العروض في الحيوان من الأمرين وكلما كثرت العادة قل الغبن، ولو أعطاه دنانير يشتري بها طعاما فاشترى طعامًا فلا يخلو إما أن اشترى بالدنانير المدفوعة إليه أو بغيرها أو بدنانير نسيئة أو بدنانير مرسلة، فإن أضاف إليها بأن قال اشتريت بهذه الدنانير جاز للآمر؛ لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات بعد القبض حتى لو هلكت الدراهم المدفوعة إلى الوكيل قبل الشراء بطلت الوكالة فصارت بمنزلة العرض، ولو قال اشتر لي بهذا العرض طعاما فاشترى به يقع للآمر فكذا هذا؛ لأن إضافة الشراء إلى المال الذي تعلقت به الوكالة دلالة ظاهرة وأمارة ساقطة على أنه اشتراه لموكله، فإن أنفق الدنانير في حاجته وأعطى غيرها جاز؛ لأن الدنانير، وإن كانت تتعين في الوكالات ولكن لا تتعين في المعاوضات حتى لا يتعلق الشراء بعينها وإنما يتعلق بمثلها دينا في الذمة فقد وجب للبائع على الوكيل مثل الدنانير المضاف إليها الشراء ووجب للوكيل على الموكل مثله، فإذا نقد دنانير نفسه لم يكن متبرعا فيما قضى بل قضى دين نفسه ووجب له على الآمر مثل ذلك وللموكل عنده وديعة من جنسه وكان للوكيل أن يحبسه بحقه؛ لأنه ظفر بجنس حقه وأما إذا اشترى بدنانير غيرهما ثم نقدها فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الآمر؛ لأن الشراء وقع للوكيل ظاهرا؛ لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه، فإذا أضاف الشراء إلى مال نفسه كان ذلك علما ودليلا على أنه اشتراه لنفسه ظاهرًا كما لو أضاف الشراء إلى عرض غير العرض الذي أضيفت إليه الوكالة كان ذلك علما على أنه اشترى لنفسه قطعا ويقينا حتى لو ادعى الوكيل أنه اشترى للآمر لم يصدق إلا أن يصدقه الآمر، فإذا نفذ مال الآمر في شراء نفسه صار ضامنا؛ لأنه قضى دين نفسه من ماله، وأما إذا اشترى بدنانير نسيئة يقع الشراء للوكيل؛ لأنه لم يضف الشراء إلى الدنانير التي تعلقت بها الوكالة؛ لأن تلك دنانير عين والتي أضيف الشراء إليها دنانير دين والدين غير العين فصار كما لو اشترى بدنانير غيرها، وأما إذا اشترى حالا بدنانير مرسلة فالبيان إلى الوكيل أنه عنى به الشراء لنفسه أو لموكله؛ لأن الشراء بدنانير مرسلة حالة يحتمل الشراء بالدنانير المدفوعة إليه ويحتمل بدنانير غيرها؛ لأن مطلق الإضافة يحتمل كلا الأمرين سواء فالاحتمال والإهمال جاء من

جهة الوكيل فيرجع في البيان إليه، وإن لم تحضره نية عند الشراء فعند أبي يوسف رحمه الله إن أداه من مال نفسه فهو له وإن أداه من مال الموكل فللموكل، وقال محمد رحمه الله يقع للوكيل إلا أن ينوي للآمر؛ لأن الأصل أن تصرف الإنسان يكون له لولايته على نفسه؛ لأن ولايته أصلية وولاية النيابة عارضة والأصلية أقوى من العارضة فيقع التصرف له كالوكيل بالطلاق طلق مع الموكل معا يقع طلاق الموكل دون الوكيل لأبي يوسف هذا العقد دائر بين أن يقع للموكل وبين أن يقع للوكيل فيجب تحكيم النقد حملا لأمره على الصلاح حتى لا يصير غاصبا بالنقد من مال الغير متى عقد لنفسه، فإن تكاذبا في النية فهو لمن نقد دراهمه لأنهما استويا في الدعوى فالإنكار في مثل هذه الحالة يجب بحكم الحال كصاحب الطاحونة مع المستأجر إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه بحكم الحال فكذا هذا.
وكله بأن يشتري له عبدا ووكله آخر بمثله ودفعا الثمن إليه فاشتراه فقال نويته لفلان يقبل؛ لأنه يملك الشراء لكل واحد منهما ولا ترجيح لأحدهما متى لم يضف الشراء إلى مال واحد منهما فيكون البيان إليه وصار كما لو كان الموكل واحدا واشترى الوكيل بالثمن مطلقًا كان القول قوله إنه نوى لنفسه أو لموكله؛ لأن مطلق الإضافة يحتمل الإضافة إلى مال الموكل وإلى مال نفسه وهذا الاحتمال جاء من جهته فيرجع في البيان إليه. وكله كل واحد منهما أن يشتري له نصف عبد من عبد بعينه فاشتراه والثمنان من جنس واحد فقال نويته لفلان فالقول له؛ لأنه لا يمتاز شراؤه لأحدهما من الآخر إلا بالنية وهو أعلم بنيته، وإن كان الثمنان من جنسين بأن وكله أحدهما بأن يشتري له نصفه بخمسمائة درهم ووكله آخر، بأن يشتري له نصفه بمائة دينار فاشترى نصف العبد بمائة دينار ناويا لصاحب الدراهم فالشراء يقع للوكيل؛ لأنه لا يقع الشراء لصاحب الدراهم وإن نوى؛ لأنه خالف أمره ولا يقع لصاحب الدنانير وإن وافق أمره؛ لأنه نوى لغيره ونيته لصاحب الدراهم لا يلغو حتى لا يقع لصاحب الدنانير؛ لأن شراء هذا النصف غير متعين لصاحب الدنانير والوكيل بشراء شيء لا بعينه متى نوى لنفسه أو لغيره يصح، وإذا صحت نيته لم يصر مشتريا لصاحب الدنانير ولا يصير مشتريا لصاحب الدراهم؛ لأنه خالف أمره

في الثمن فصار مشتريا لنفسه ضرورة وكّله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يلزم الآمر جميع ما اشتراه؛ لأنه خالف إلى حيز فيجب أن تكون الزيادة على المأمور به للآمر، وإن لم يدخل تحت الوكالة كما لو وكل رجلا ببيع عبده بألف فباعه بألفين كانت الزيادة للآمر. وجه ظاهر الرواية أنه أمره بشراء عشرة فكانت العشرة داخلة تحت الوكالة إلا أنه اشتراها بنصف درهم والنقصان عن الثمن المأمور به لا يعد خلافا والزيادة على عشرة غير داخلة تحت الوكالة فيكون للوكيل إلا للضرورة كما في مسألة البيع؛ لأنه تعذر أن يجعل الزيادة في الثمن للوكيل؛ لأنه ليس للوكيل من العبد شيء فلا يمكن أن يجعل بعض بدل العبد له فلهذه الضرورة جعلنا الزيادة للآمر؛ لأن من رضي بالبيع بألف يكون بألفين أرضى ولا ضرورة هنا فتكون الزيادة للوكيل وهذا إذا كان فيه عشرة أرطال لحم تساوي درهما، وإن كانت لا تساوي درهما فالكل ينفذ على الوكيل؛ لأنه إن نقص عن الثمن وأنه خلاف إلى حين فقد قضى في المشتري، فإنه وكله بشراء عشرة أرطال تساوي درهما وأنه خلاف إلى شيء والخلاف من وجه كما في إنفاذ الشراء على الوكيل وصار كما لو وكله بأن يشتري له عبدا بخمسمائة فاشترى بأربعمائة إن كان العبد يساوي خمسمائة جاز على الآمر وإلا فيلزم الوكيل.

(فصل)

أمره بشراء شيء بعينه لم يجز أن يشتريه إلا بدراهم أو دنانير؛ لأنه أمره بالشراء مطلقًا ومطلق الأمر ينصرف إلى الكامل والشراء بثمن عين شراء من وجه بيع من وجه؛ لأنه بيع مقايضة كل واحد منهما مبيع من وجه ثمن من وجه فلا يكون شراء مطلقًا فلا يدخل تحت الوكالة.

ولأن مطلق الشراء ينصرف إلى المعروف المعتاد فيما بين الناس والمعروف المعتاد فيما بينهم الشراء بالدراهم والدنانير لا بالعروض والمكيل والموزون في الذمة فصار المعروف كالمشروط، ولو اشتراه بغبن فاحش نفذ على

الموكل؛ لأنه غير متهم فيه لأنه لا يملك الشراء لنفسه، ولو اشتراه لنفسه يقع للموكل؛ لأنه مقبول الوكالة في شراء شيء بعينه يحجر عن الشراء لنفسه ضرورة. وكله بشراء جارية بعينها فاشتراها لنفسه ووطئها لا يحد ولا يثبت النسب وتكون الأمة وولدها للآمر؛ لأن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع مع المشتري؛ لأنه يقع الملك له أولًا ثم ينتقل منه إلى الموكل في حق الحقوق والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض لا يحد لمكان الشبهة ولم يذكر أنه هل يلزمه العقر قال مشايخنا رحمهم الله: ينظر إن كان قبل إحداث الحبس للثمن، فإنه يغرم العقر؛ لأنها أمانة محصنة في يده فصار كالمودع إذا وطئ الجارية الوديعة لا يحد ويلزمه العقر، وإن كان بعد إحداث الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله لا يلزمه العقر، وعند محمد يقسم الثمن على الجارية والعقر فما أصاب العقر يسقط وما أصاب الجارية بقي؛ لأنه صار بمنزلة البائع بعد إحداث الحبس حتى لو هلك عنده كان مضمونا بالثمن فكان وطؤه كوطء البائع الجارية المبيعة قبل القبض، وعند أبي يوسف رحمه الله العقر إذا قال ظننت أنها تحل لي؛ لأنه بمنزلة المرتهن، وعند زفر عليه الحد؛ لأنه بمنزلة الغاصب عنده ولا يثبت نسب الولد؛ لأنه وطئ جارية الموكل؛ لأنه صار مشتريا له ولا شبهة في نفس الموطوءة كالبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض، ولو قال اشتر لي عبد فلان بعبدك أو بمتاعك هذا فاشتراه جاز للآمر وعليه قيمة عبد الوكيل؛ لأنه أمره بشراء شيء له بمال الوكيل وذلك جائز، كما لو قال له اشتر لي عبد فلان بألف من مالك إلا أن الوكيل يرجع على الموكل بمثل الثمن الذي يجب عليه أداؤه وقد وجب عليه أداء العبد فيرجع على الموكل بمثله إلا أن مثله قيمته؛ لأن قرض الحيوان فاسد فتجب قيمته وصار كأنه قال أقرضني عبدك فاشتر به عبد فلان ويكون قبض بائع العبد قبل الموكل أولا وفي القرض الفاسد إذا اتصل به القرض يفيد الملك وتجب القيمة، فإن اختلفا في قيمته يتحالفان لأنهما تصادقا على وقوع الشراء للآمر وإنما اختلفا في مقدار الثمن فالوكيل يقول ملكت هذا العبد بعبد قيمته ألف ولي عليك ألف والموكل يقول لا بل ملكت بعبد قيمته خمسمائة ولك عليّ خمسمائة فنزل الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري، والبائع مع المشتري

إذا اختلفا في الثمن يتحالفان فكذا هذا، وقول محمد ويترادان يريد به تحليف كل واحد على دعوى صاحبه فأما حقيقة التراد لا تكون إلا من تحصين جرى بينهما عقد.

(باب ما يرجع به الوكيل على الموكل عند الهلاك)

[(المبسوط)][(١)]: ولو هلك المال عند الوكيل فلا يخلو إما أن هلك قبل الشراء أو بعده، فإن هلك قبل الشراء ثم اشترى وقع الشراء للوكيل؛ لأن بهلاك المال المضاف إليه الوكالة ينعزل الوكيل؛ لأن الوكالة تعلقت بالمال المدفوع إليه؛ لأنه أمره بالشراء بذلك المال، فإذا هلك فقد عجز عن الامتثال بما وكله به فانعزل حكما.

وإن هلك بعد الشراء يقع الشراء للموكل ويرجع بمثله على الآمر؛ لأن الشراء حصل قبل العزل بمثل الثمن المأمور به فوقع للموكل فكان المال أمانة في يده فيهلك على الآمر فكان له أن يرجع به على الآمر.

فإن قبض وهلك بائنا لم يرجع والمضارب يرجع أبدا والفرق أن الوكيل ما قبض من المال بعد الشراء بقبضه لنفسه بحكم الاستيفاء لا بحكم الوكالة؛ لأنها قد انتهت بالشراء مرة ولكنه وجب له بعد الشراء على الموكل دين فكان مستوفيا ما وجب له على الآمر والمستوفي لحقه مرة لا يستوفي مرة أخرى بخلاف ما قبضه قبل الشراء؛ لأنه قبض بإذن المالك لا لنفسه، فإنه لا حق له على الموكل حين قبض المال منه فكان أمينا فيه فأما المضارب فإنما يقبضه لرب المال لا لنفسه، فإنه يقبضه ليرده عليه ثانيا؛ لأنه يصير من جملة رأس المال فيكون المقبوض بحكم المضاربة أمانة في يده فهلك على رب المال.

ولو قال الآمر: هلك قبل الشراء، وقال الوكيل: بل بعده، فالقول للآمر مع يمينه على علمه؛ لأن الوكيل يدعي أنه اشترى للآمر بعد هلاك المال يحكي أمرًا لا يملك استئنافه للحال؛ لأن بهلاك المال ينعزل ومن حكى أمرا لا يملك استئنافه كان مُدعيًا والآخر منكرًا والقول قول المنكر مع يمينه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): قال رحمه الله.

(الفتاوى): رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها عبدا فلما اشتراه قال الألف قد سرقت ومات العبد في يده فطلب البائع منه الثمن والآمر العبد. ذكر في الأصل للوكيل أن يأخذ من الموكل ألفا أخرى ويدفعها إلى البائع؛ لأن الوكيل عامل للآمر مما لحقه من الضمان يكون على من عمل له والألف والعبد هلكا في يد الوكيل إماته قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا عرف أنه اشترى هذا العبد للآمر بشهادة الشهود فأما إذا لم يعرف إلا بقوله يكون مصدقا في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الآمر وعن نصر بن يحيى خمسة وكلوا رجلا بشراء حمار فاشترى لهم وقبض من كل واحد نصيبه من الثمن وضاع في يده نصيب واحد منهم قال يضمن الوكيل ولا يرجع به على أحد؛ لأنه لما قبض فقد قبض لنفسه؛ لأنه لما اشترى أولًا فقد وجب الثمن للبائع على الوكيل ووجب للوكيل على الآمر، فإذا قبض الثمن فقد قبض دين نفسه فهلك عليه.

(النوادر): ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات العبد في يد الوكيل يرجع المشتري بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الآمر؛ لأن العزل لم يصح، وكذلك لو باع الآمر أو أعتقه أو دبره أو كاتبه ولم يعلم به الوكيل؛ لأن هذه التصرفات وإن تضمنت عزلا حكما؛ لأنه صار مغرورا من جهة الآمر حيث لم يعلمه بذلك فيرجع بحكم الغرور، ولو وكله بقبض دينه من رجل ثم الموكل أبرأه من الدين أو وهبه منه ولم يعلم الوكيل فقبض المال وهلك فلا ضمان على الوكيل ويضمن الموكل للدافع؛ لأن الوكيل نائب فخص في القبض، ولو مات العبد للموكل الموكل ببيعه أو مات الموكل ولم يعلم به الوكيل فباع وقبض الثمن وهلك عبده ضمن الوكيل الثمن ولم يرجع على الآمر ولا في تركه؛ لأن الغرور لا يتحقق بعد الموت وبعد هلاك ما وكل ببيعه.

[(المنتقى)][(1)]: قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل أمر رجلا أن يبيع عبده هذا بألف درهم فباعه وقبض الألف ودفعها إلى الآمر ثم الوكيل زاد المشتري دارا قال محمد هو جائز؛ لأنه هو العاقد وصارت الدار والعبد بالألف والوكيل

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

متطوع فيما زاد وللشفيع أن يأخذ الدار، قلت، فإن استحقت الدار قال يرجع على الوكيل بثلث الألف إذا كانت قيمة العبد ألفا وقيمة الدار خمسمائة ولا يرجع الوكيل على الآمر بشيء، قلت، فإن استحق العبد قال يرجع الوكيل على الموكل بالألف كلها فيدفع ثلثها إلى المشتري وثلثها له؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا فصار كأنه باع العبد والدار بألف صفقة واحدة وسلم الألف إلى الموكل ويأخذ الشفيع الدار بما يخصها من الثمن وعند الاستحقاق يرجع عليه بما يخص قيمة الدار؛ لأن المشتري ملكهما جميعا بالألف ولا يرجع الوكيل على الآمر؛ لأنه متبرع في هذه الزيادة؛ لأن الموكل أمره ببيع العبد وحده بألف ويرجع بكل الألف متى استحق العبد؛ لأن الاستحقاق ورد على العبد والآمر أمره أن يجعل كل الألف بدلا عن العبد والألف جعل بدلا عنه إلا أن المشتري ملك العبد بثلثي الألف؛ لأنه ملك مع الدار بألف فيدفع ثلثيها إلى المشتري ويسلم الثلث للوكيل؛ لأنه، وإن كان متبرعا حالة العقد إلا أن الثلث لم يسلم للمشتري؛ لأنه ملك بإزائه الدار فيسلم ذلك للوكيل.

[«**الزيادات**»][1]: أصله: أن الاستيفاء من خلاف الجنس لا يتصور إلا بطريق المبادلة والمقاصة وأنه يعتمد التراضي والمقاولة والثاني إذا اجتمع في العقد التسمية والإشارة فالعبرة للتسمية إذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فإن كان من جنسه فالعبرة للإشارة لما مر في كتاب البيوع.

ثم مسائله على فصول:

فصل في الوكالة.

وفصل في المباشرة.

وفصل في المضاربة.

(فصل)

لو قال: اشتر لي جارية بهذه الألف درهم التي في هذا الكيس، فاشترى فوجد

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

في الكيس دنانير أو فلوسًا أو ستوقًا جاز الشراء على الآمر؛ لأن الوكيل ممثل آمره؛ لأنه أمره أن يستوفي دينه مما في الكيس؛ لأن بالشراء يجب الثمن للبائع على الوكيل ويجب للوكيل على الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل قبل الأداء، والاستيفاء من خلاف الجنس لا يتصور إلا بطريق المبادلة والمقاصة وذلك يعتمد التراضي والمقاولة والاستيفاء من المعدوم محال فلم يصح أمره بالاستيفاء وبقي التوكيل بالشراء بالألف المرسلة، وإذا اشترى بالألف المرسلة صار ممتثلًا آمره محصلا بيانه ولأنه جمع في كلامه بين التسمية والإشارة والمسمى من خلاف جنس المشار إليه فتعلق العقد بالمسمى وهذا الألف فيكون ممثلا لآمره وكذلك إن كان في الكيس تسعمائة؛ لأنه، وإن كان المشار إليه وهو تسعمائة من جنس المسمى ولكن المائة معدومة فكان في تعليق العقد بالمشار إليه ضرر بالوكيل فتعلق بالمسمى لهذه الضرورة فصار ممثلا أمر الآمر.

والثانية: ولو كان الوكيل يراه والمسألة بحالها لم يجز على الآمر؛ لأنه لما رآه وعاينه فقد بني الأمر على المشاهدة والعيان واستغنى عن التسمية والبيان إذ لا بيان فوق العيان فلا اعتبار بالتسمية بخلاف المشار إليه بعد إعلامه إياه صفة المشار إليه، فإن العادة الجارية الإنسان يصف العين المشار إليه بخلاف صفته مادحا له أو ذاما له، فإذا قال اشتر بهذه الدراهم وقد سمى المشار إليه دنانير فقد مدح له، فإذا سماه فلوسا فقد ذمه فلم يكن هذا منه تسمية حقيقة فتعلق العقد بالمشار إليه، كما لو قال بعت منك هذا الحمار بكذا وأشار إلى عبد قائم بين يديهما جاز العقد على العبد ولا عبرة بالتسمية فكذا هذا.

ولو قال اشتر بهذه الألف الدراهم ولم يدفعها إليه حتى هلكت فاشترى المأمور جاز على الآمر علم بالهلاك أم لا؛ لأنه لما لم يدفع إليه تلك الدراهم لم يتعلق التوكيل بعينها فهلاكها لا يمنع بقاء الوكالة فبقيت.

والثالثة: لو دفع إليه الكيس فأخبره أن فيه ألفًا واشتر بها جارية وكان فيه خمسمائة فضاع الكيس ثم اشترى المأمور بألف لزم الوكيل؛ لأنه ما رضي بتوجه مطالبة الوكيل عليه بما زاد على الخمسمائة فلو جاز شراؤه على الآمر بعد هلاك

الخمسمائة رجع عليه بألف درهم فهو غير راضٍ بذلك ولأن الوكالة تعلقت بالنقود والمقبوض وهي خمسمائة، فإذا هلكت انتهت الوكالة في قدر المنقود وبقيت في الخمسمائة التي لم ينقدها فبقي وكيلا بالشراء بخمسمائة، فإذا اشترى بألف صار مخالفا.

وإن اشترى جارية بخمسمائة ينظر إن كانت الجارية لا تساوي ألفًا كان مشتريا لنفسه؛ لأنه أمره بشراء جارية تساوي ألفًا جاز على الآمر؛ لأنه اشتراها بأقل مما أمر به فيكون خلافا إلى خير ولأن الآمر رضي بتوجه مطالبة الوكيل عليه بخمسمائة؛ لأنه يتعلق ببقاء الوكالة بالمقبوض.

والرابعة: دفع إليه ألفًا ليشتري بها جارية فضاعت في يد الوكيل ثم اشترى جارية بألف ثم تبين أنها كانت ستوقة جاز على الآمر ولو ظهر أنها زيوف فهلكت ثم اشترى بها جارية كان للوكيل؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم حتى لو محورية في الصرف والسلم لا يجوز فكانت الوكالة متعلقة بالمسمى من الدراهم إلا بالمقبوض فلا يبطل لهلاك المقبوض فأما الزيوف من جنس الدراهم حتى لو يجوز بها جاز فتعلقت الوكالة بذات المقبوض، فإذا هلكت بطلت الوكالة فكان مشتريا لنفسه، فإن لم يهلك لكن الوكيل اشترى بالخيار فالمشترى للآمر لأنه سمى في الوكالة ألفًا مطلقة مرسلة ومطلق اسم الألف درهم ينصرف إلى الخيار؛ لأن معاملات الناس ومعاقداتهم جارية بها فتعلقت الوكالة بوصف المسمى وبذات المشار إليه كما لو كان مكان نقصان الوصف نقصان العدد بأن كان المدفوع إليه أقل من ألف جاز شراؤه بألف على الآمر.

ولو هلك المقبوض تبطل الوكالة فكذلك إذا انتقص الوصف هذا كله إذا لم يعلم الوكيل أو علم ولم يعلم الموكل، أو علما ولم يعلم كل واحد أن صاحبه علم، فالحاصل أنه يشترط لتعيين الدراهم وتعلق الوكالة بها علم كل واحد بصفتها وعلم كل واحد بعلم صاحبه بذلك لينتفي الغرر والضرر من الجانبين؛ لأن الوكيل إذا لم يعلم صفة الدراهم يعتمد ظاهر الأمر فيشتري بما سمى وهو الجياد ظنا منه أن في الكيس الألف الجياد، فإذا ظهر بخلافه يصير مخالفا فيلحقه ضرر الغرور، وإن لم

يعلم الآمر فلأنه لو تعلقت الوكالة بوصف المشار إليه لتضرر الموكل؛ لأن الموكل إنما رضي بأن يدخل في ملكه جارية تساوي ألف درهم جياد فنفذت الوكالة بالمسمى دفعا للضرر عنه، وأما علم كل واحد منهما بعلم صاحبه بشرط فلأن المأمور إذا لم يعلم بأن الآمر يعلم صفة دراهمه فإنما يظن أن قصد الآمر الوكيل شراء جارية بألف جياد، فلو تعلقت الوكالة بالمشار إليه لتضرر الوكيل؛ لأنه يشتري بالمسمى فيلزم الوكيل، فأما إذا علمنا جميعًا وعلم كل واحد أن صاحبه علم فاشتراها بالخيار يلزم الوكيل؛ لأن الوكالة تعلقت بتلك الدراهم بعينها؛ لأن الثابت بتصادقهما وتوافقهما كالثابت معاينة.

(فصل)

قال: بعني هذه الدراهم، ثم ظهر أنها ستوقة فالبيع على الجياد، فإن علما جميعا أو علم كل واحد أن صاحبه علم تراجع التسمية والإشارة والمسمى من خلاف جنس المشار إليه فتعلق العقد بالمسمى، وإن ظهر أنها زيوف، فإن كان البائع لا يعلم فعلى المشتري أن يدفع إليه دراهم جيادًا؛ لأن الشراء تعلق بالدراهم المسماة وهي ما تجري به المعاملة عادة؛ لأن الحق في الثمن للبائع ودفع الضرر عنه واجب فتعلق العقد بالمسمى، وإن كان البائع يعلم والمشتري يعلم أولا فالبيع على الزيوف؛ لأن المسمى من جنس المشار إليه فيتعلق العقد بالمشار إليه؛ لأن تعيين الدراهم في حق بيان الوصف صحيح وليس في تعلق العقد بالمشار إليه ضرر بأحدهما؛ لأن البائع عالم بحالها وأما المشتري فظاهر.

(فصل)

ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة بالنصف وقبض ثم تبين أنها ستوقة أو زيوفة أو ظهر أنها خمسمائة، فإن كانت ستوقة وعلما وعلم كل واحد أن صاحبه علم فهي على مضاربة فاسدة إن كان الستوق لا ينفق؛ لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم ولا يصير به قابضًا لرأس المال ويعتبر رأس المال وقبضه شرطًا لصحة المضاربة، فإذا تعلق العقد بالمسمى لكون المقبوض من خلاف جنسه ولم يقبض المسمى لم

تصح المضاربة، وإن كان ينفق فهو بمنزلة المضاربة في الفلوس ومتى فسدت المضاربة فالربح لرب المال وللمضارب أجر مثله؛ لأن المضاربة متى فسدت بقيت الوكالة فكان المشتري لرب المال والمضارب انتفى عن منافعه عوضا وهو نصف الربح ولم يحصل له ذلك فيجب له أجر المثل.

وإن كانت زيوفا وعلما فهي رأس المال والربح بينهما على ما شرطا؛ لأن المضارب وكيل بالتصرف وفي الوكالة يشترط علوم أربعة بصفة الدراهم لتعلق الوكالة بها فكذا هذا ولم يوجد فتعلقت المضاربة بالمسمى وهو ألف جياد ويقبض الزيوف أمكن أن يجعل قابضًا لرأس المال؛ لأنه من جنس المسمى، فإذا اشترى بالجياد وكان ممثلا أمر رب المال بعد استيفاء رأس المال فكان المشتري على المضاربة، فإن لم يعلم أحدهما حتى اشتراها فهي على المضاربة وللمضارب أن يستبدلها ورأس المال جياد، فإن وجدها خمسمائة فالمضاربة تعلقت بها، فإن اشترى شيئًا بألف فنصفه على المضاربة ونصفه لرب المال على وجه المضاربة الفاسدة ولا أجر للمضارب في ذلك النصف؛ لأن رأس المال مقبوض في النصف فصحت المضاربة فيه وفي النصف الآخر معقود فلم تصح المضاربة فيه ولكن الوكالة صحيحة فصار مشتريا لرب المال، فإذا باعها وحصل الربح فنصف الربح لرب المال والنصف الآخر يستوفي منه رب المال رأس المال وفي خمسمائة وباقي الربح بينهما على ما شرطا ولا أجر للمضارب في ذلك النصف؛ لأنه عمل فيما هو شريك له؛ لأن تقدير ما اشتراه على المضاربة هو فيه شريك في الربح والشريك لا يستوجب الأجر على صاحبه فيما هو شريك، وإن علما بذلك فالمضاربة بخمسمائة لا غير، وإن اشترى بأكثر فالمشترى للمضارب خاصة؛ لأن باجتماع العلوم الأربعة تتعلق الوكالة بالمشار إليه فكذا المضاربة.

(باب الوكيل بالبيع والشراء إذا فعل في بعض ما أمر)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الوكيل بالبيع.

والثاني: في الوكيل بالشراء.

(فصل)

لو قال: بع هذين العبدين بألف فباع أحدهما بأربعمائة وذلك حصته من الألف أو أكثر جاز؛ لأنه وافق أمر موكله؛ لأن الموكل لما أمره ببيعها بألف فقد أمر بأن يبيع كل واحد منهما بما يخصه من الثمن، ألا ترى أنه لو باعها بألف، فإنه يصير بائعا كل واحد منهما بما يخصه من الألف، وإن باع بأكثر فقد خالف إلى خير فلا يعد خلافًا، وإن كان أقل لم يجز؛ لأنه خالفه إلى شر، ولو أمره ببيع عبد فباع بعضه يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن في بيع النصف ضررا على الموكل؛ لأن الانتقاص لا يشترى بمثل ما يشترى به الأشخاص فقد ألحق به ضررا ولا يجوز إلا بإجازته. له: أن الأمر ببيع الكل يتناول الأبعاض والانتقاص، ألا ترى أنه لو لم يكن في تبعيضه ضرر نفذ على الآمر ولو لم يتناوله الآمر لما لزمه، فإذا وكله ببيع الكل فقد وكله ببيع كل جزء من أجزائه ولو كان فيه ضرر على الموكل فقد لحقه من جهته حيث لم يمنعه من بيع الأبعاض والانتقاص، فإذا امتثل مطلق الأمر نفذ على الآمر لأن من أصله أنه لو باع الكل بهذا القدر من الثمن جاز، فإذا باع به النصف أولى أن يجوز، ولو باع النصف الآخر جاز بالإجماع؛ لأن عندهما كان البيع في النصف الأول موقوفا للضرر الذي يلحق الموكل بسبب عيب الشركة فلما باع النصف الآخر زال الضرر فنفذ بيع الكل على الموكل، ولو قال بعه بأربعمائة فباعه بخمسمائة جاز؛ لأنه خالف أمره إلى خير، ولو وكل رجلان رجلا ببيع عبد فباع نصفه وقال هذا نصف فلان فهو جائز، وإن لم يبين عند البيع أي النصفين كان من نصيب كل واحد نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه ليس أحد النصفين بأولى من الآخر، فإن تصرف البيع إليه فانصرف النصف إلى النصفين جميعا فصار كأنه قال بعت النصف من النصفين وعندهما لا يجوز لما عرف.

(فصل)

ولو وكله بأن يشتري له عبدًا فاشترى نصفه لم يجز على الآمر؛ لأن في شراء

النصف ضررا على الموكل والضرر الذي يلحق الموكل بالشراء يوجب تخصيص الاسم، ألا ترى أنه لو اشتراه بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بالإجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لما بينا.

وإن اشترى النصف الآخر جاز قبل أن يختصما استحسانًا خلافا لزفر؛ لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا على الموكل نفذ على الوكيل ولا يتوقف.

لنا: أن شراء النصف الأول لم يجد نفاذا على الموكل ولا على الوكيل؛ لأن شراء الوكيل إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفا فيما صنع من كل وجه وهنا مخالف من وجه موافق من وجه؛ لأنه من الجائز أنه قصد شراء النصف لا غير فيتضرر به موكله ويجوز أنه فعل هذا ليمكنه شراء هذا العبد بأقل الثمنين؛ لأن الانتقاص يشترى بأقل مما يشترى به الأشخاص فيقبل خير إلى موكله فيحتمل أن يكون هذا احتيالا من الوكيل حتى يصل الموكل إلى مقصوده بأقل الثمنين، فإذا احتمل الخلاف والوفاق، فيما صنع تعذر القول بالنفاذ على كل واحد منهما للحال فقلنا بالتوقف لتعارض الدليلين، فلما اشترى النصف الآخر ظهر أن شراء النصف كان منه احتيالا ليشتري الكل بأقل الثمنين فظهر أنه كان موافقا ممتثلا لأمره بخلاف ما بعد الخصومة؛ لأنه بعد الخصومة عين القاضي جهة الخلاف فزال التوقف فنفذ على الوكيل.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، قال أبو يوسف: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز.

وقال محمد رحمه الله: يجوز إعتاق الوكيل ولا يجوز إعتاق الموكل؛ لأن الوكيل خالف فيما أمر به والوكيل بالشراء إذا خالف ينفذ عليه وإنما يتوقف على الموكل باعتبار أن الخلاف بتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فيقبل أن يشتري بقي مخالفا فظهر أنه لم يتوقف عليه فلم يجز إعتاقه؛ لأبي يوسف أن العقد موقوف على إجازة الموكل، ألا ترى أنه لو أجازه صريحا نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فنفذ عليه والوكالة تناولت محلًّا بعينه ولم يملك الوكيل الشراء لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ إعتاقه. وكّله بشراء عبدين بأعيانهما بألف فاشترى أحدهما بستمائة لم يجز على الآمر إذا كان اشتراه بأكثر من حصته من الألف، وإن كان اشتراه بحصته منها أو أقل جاز لما بينا.

(المنتقى): هشام عن محمد رحمهما الله رجل أمر رجلا أن يشتري له دارا فاشترى له نصفها ثم اشترى الموكل النصف الباقي جاز؛ لأنه لما ابتدأ بشراء النصف صار مخالفا؛ لأن التبعيض والتنقيص في الأعيان المجتمعة تنقيص وتعييب، فإذا اشترى الموكل أو هو النصف الباقي فلم يخالف؛ لأنه تمم الصفقة ووفرها عليه فزال العيب والنقص، فإن استحق النصف الذي اشتراه الموكل فله أن يرد النصف الذي اشتراه الوكيل؛ لأنه لم يزل عنه العيب والنقص.

ولو أمر إنسانًا أن يشتري له دارًا بألف فاشترى نصف دار موروثة بينه وبين آخر بخمسمائة فهو جائز؛ لأنه وفر عليه الصفقة وجعل الدار في ملكه فلم يوجد في النصف المشتراة له إضرار به.

ولو استحق النصف صار كأنه لم يشتر فيكون مبتدأ بشراء النصف فلم يصح.

قال محمد رحمه الله: الوكيل يبيع العبد بألف لو باع نصفه بألف جاز؛ لأنه خالف إلى خير، وإن باع النصف بألف إلا درهما وبكر حنطة فالبيع فاسد، ولو باع العبد كله بألف وكر من طعام فالآمر بالخيار إن شاء أبطل البيع، وإن شاء أجازه ويصير الكر للوكيل وعليه حصته من قيمة العبد، وإن باعه بألف ثم زاده كرا بعينه أو بغير عينه جاز والكر للآمر ولا خيار له؛ لأن البيع قد وقع بما قال؛ لأن في الأول خالف أمر الآمر حيث أمره ببيع الكل فباع نصفه وأمره ببيع الكل بألف وقد باع ببعض ما أمره وبالكر وفي الثاني أتى بما أمره وزاد فيخير وفي الثالث أتى بما أمره من غير زائد وناقص.

(باب توكيل الواحد رجلين أو الرجلان واحداً)

(المبسوط): وكَّل رجل رجلين ببيع شيء واحد الوكيل من عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه؛ لأنه وكلهما ولم يوكل أحدهما، والعبد والصبي العاقل من أهل البيع فيصح توكيلهما ولا ينفرد أحدهما بالبيع؛ لأنه رضي بالبيع لا برائي أحدهما. وكّل أحدهما رجلين كل واحد منهما مفردا ببيع عبد فلكل واحد أن يبيعه؛ لأن توكيل الثاني بعد وكالة الأول جائز؛ لأن الموكل بعد توكيل الأول يملك

بيع العبد بنفسه فيملك أن يوكل غيره، فإن باع كل واحد من رجل يجوز البيع الأول ويبطل الثاني؛ لأن الثاني صار مانعا ملك المشتري، وإن لم يعلم أيهما كان أولا لكل واحد نصفه بنصف الثمن وله الخيار؛ لأنه إذا لم يعلم يقدم أحدهما على الآخر فكأنهما وجدا معًا.

ولو وجدا معًا كان العبد بين المشتري نصفين فكذا هذا ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد اشترى جميع العبد وقد استحق عليه نصفه هذا إذا كان العبد في يد أحد الوكيلين، وإن كان في يد أحد المشتريين فهو أولى لأنهما ادعيا تلقي الملك من واحد والشيء في يد أحدهما فكان صاحب اليد أولى؛ لأن الظاهر شاهد له.

(النوادر): وإذا باع الموكل وباع الوكيل ولم نعلم أيهما أولا أو باعا معًا فعند محمد بيع الموكل أولى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهم الله؛ لأنه أقوى وآكد، فإنه يتصرف عن ولاية الملك والوكيل يتصرف عن ولاية الآمر والتصرف الصادر عن ملكه أقوى وآكد وأنفذ من التصرف الصادر عن آمر؛ لأن ولاية الملك يبطل ولاية الآمر وولاية الآمر لا تبطل ولاية الملك وصار كالعتق مع الشراء إذا اجتمعا ولم يعلم أيهما أولا فالعتق أولى؛ لأنه أقوى، وعند أبي يوسف يكون بين المشتريين نصفين ولهما الخيار؛ لأن الوكيل ثابت فحل محل الموكل؛ لأن ولاية الآمر مع ولاية الملك قد استويا في تنفيذ التصرف ولا يكون أحدهما بأقوى من الآخر.

وذكر في العبر قال محمد رحمه الله: رجلان لكل واحد منهما عبد فوكلا رجلا واحدا كل واحد وكله أن يعتق عبده فأعتق الوكيل أحدهما ثم مات لا يعتق واحد منهما قياسا؛ لأن ملك كل واحد منهما ثابت بيقين فلا يزيله الشك وعتقا استحسانًا ويسعى كل واحد في نصف قيمته؛ لأن ملك أحدهما زائل بيقين وقد مات من يرجع في البيان إليه وليس صرف العتق إلى أحدهما بأولى من صرفه إلى الآخر فيعتقان؛ لأن العتق لا يتجزّأ عنده.

(الفتاوى): وكَّل رجلا ببيع عبده هذا ثم وكَّل آخر به فباعه أحدهما ثم باعه الآخر من المشتري بأكثر من الثمن الأول جاز بيع الثاني؛ لأن بالبيع الأول لم يخرج

الوكيل من الوكالة، ألا ترى أن الموكل لو باعه ثم رد عليه بقضاء قاضٍ كان الوكيل على وكالته قبل بيع الوكيل الثاني تكون إقالة للبيع الأول وهو لا يملك الإقالة بعد تمام البيع قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هو كالإقالة حكما وليست بإقالة صريحًا.

(باب الوكالة بالبيع بشرط)

(المبسوط): أصله وهو أن الموكل متى شرط في البيع على الوكيل شرطا ينظر إن كان شرطًا مفيدًا نافعًا من كل وجه يجب على الوكيل مراعاة شرط أكده بالنفي أو لم يؤكده.

وإن كان شرطًا لا يفيد ولا ينفعه بل يضره لا يجب عليه مراعاته، فإن كان شرطًا مفيدًا نافعًا من وجه ضارًا من وجه إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفي لا يجب مراعاته؛ لأنه متى أكده بالنفي دل ذلك على إرادة وجوده؛ لأن إدخال حرف التأكيد والتأييد في الكلام يدل على زيادة المبالغة في إرادة إيجاده نظير هذا لو قال للمودع لا تحفظ إلا في هذه الدار يجب عليه مراعاة لفظة شرطه حتى لو حفظ في دار أخرى يصير مخالفًا؛ لأن الدور مما تتفاوت في الحرز والتحصين فكان تعبير الدار شرطا مفيدًا، ولو قال له: لا تحفظ إلا في هذا البيت ولم يؤكده بالنفي لا يجب عليه مراعاته؛ لأن هذا شرط مقيد من وجه ضار من وجه متى أكده بالنفي يجب مراعاته وإلا فلا، ولو قال احفظ في هذا الصندوق لا يجب عليه مراعاة شرطه وإن أكده بالنفي؛ لأن تعيين الصندوق مما لا يفيد، **مثال الأول:** إذا قال بعه بخيار فباع بغير خيار لا يجوز؛ لأنه ترك شرطا مفيدًا، فإن شرط الخيار مفيد نافع من كل وجه؛ لأن شرط الخيار لا يزيل ملكه للحال وإنما يزيل في الثاني فيجب على الوكيل مراعاته، كما لو قال بع غدا فباع اليوم لا يجوز فكذا هذا، **ومثال الثاني:** لو قال بع هذا العبد بنسيئة أو قال لا تبعه إلا بنسيئة فباع بالنقد جاز؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن البيع بالنسيئة يضره وبالنقد ينفعه فلم تجب عليه مراعاته، **ومثال الثالث:** لو قال بع هذا العبد في سوق كذا فباعه في غير ذلك السوق لا يجوز؛ لأن نفس الشرط قد ينفعه وقد لا ينفعه فمتى أكده بالنفي يجب مراعاته وإلا

فلا، ولو قال بعه بشهود فباعه ولم يشهد جاز، ولو قال لا تبع إلا بشهود أو قال على أن يشهد فباع ولم يشهد لا يجوز؛ لأن الإشهاد شرطه مفيد من وجه غير مفيد من وجه، فإنه ينفعه إذا جحد المشتري البيع ولا ينفعه إذا لم يجحد وكذلك ينفعه إذا لم يغب الشهود أو لم يموتوا ولا ينفعه إذا غابوا أو ماتوا فيلزم الوكيل شرطه متى أكده بالنفي ولا يلزمه متى لم يؤكده بالنفي، ولو قال بعه برهن أو كفيل أو قال لا ينفعه إلا برهن أو كفيل لم يجز بيعه بغير الرهن أو الكفيل؛ لأن اشتراط الرهن والكفالة شرط مفيد من كل وجه؛ لأن الرهن استيثاق وتوكيد للثمن وأنه قبض استيفاء وقبض الاستيفاء ينفعه من كل وجه وكذلك أخذ الكفيل؛ لأنه يصير الثمن مضمونا على اثنين وفي ذلك منفعة للموكل حتى لو تعسّر الأداء من أحدهما أمكنه الأخذ من الآخر، فإن رهن بما لا يتغابن الناس فيه يجوز خلافا لهما لما عرف، وإن قال برهن ثقة لا يجوز إلا أن تكون قيمة الرهن مثل الثمن؛ لأن شرط الرهن الثقة وهو أن يكون مساويا للثمن شرط مفيد فيجب مراعاته، ولو قال بعه من رجل بعينه فباعه من آخر لا يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن دينا شرط مفيد نافع له من كل وجه؛ لأن الذمم تتفاوت في الملأ بخلاف ما لو كان الثمن عينا بأن قال له بعه بالجارية التي لفلان فصارت الجارية لفلان آخر فباعه بتلك الجارية يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن عينا لا يفيد؛ لأن تملكه من الذي باعه من فلان فلا يجوز في النصف الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز في الكل إلا أن يبيع الباقي من الذي وكله ببيعه منه فحينئذ يجوز بلا خلاف. وكّله بقضاء دينه وقال ادفع بشهود أو بحضرة فلان فدفع بغير ذلك لم يضمن، فإن قال لا تدفع إلا بشهود أو بحضرة فلان فقضاه بغير شهود وبغير حضرة فلان يضمن كما في الوكيل بالبيع قالوا وهذا إذا كان رجلا رفيع القدر بحيث لا يحتشم الناس مخالفته، وإن كان وضيع القدر بحيث لا يحتشم الناس مخالفته ولا توبة به لا يصير ضامنا؛ لأنه شرط شرطًا لا يفيد فلا يجب على المأمور مراعاته وإن أكده بالنفي، كما لو قال: لا تبع إلا بألف أو قال لا تبع إلا بنسيئة فباع بألفين أو بالنقد جاز؛ لأنه غير مفيد أصلا فكذا هذا.

المسألة دليل على أن الأمين إذا دفع الأمانة إلى طالب صاحب الأمانة والأمانة من جنس حقه، فإنه يضمن، وإن كان دينه ظاهرًا؛ لأن محمدًا رحمه الله جعل الوكيل هاهنا ضامنًا بالدفع وقد دفع الأمانة إلى غريم صاحب الأمانة والأمانة من جنس حقه ودينه ظاهر وقد ذكرنا الاختلاف فيه بين المشايخ في كتاب الوديعة.

(باب ما يصير الوكيل به مخالفا وما لا يصير)

(المبسوط): أصله أن كل ما كان خلافًا في البيع فالسلعة على ملك صاحبها والبيع موقوف على إجازته؛ لأنه فضولي باع بغير إذن المالك فيتوقف على إجازته وما كان خلافا في الشراء لزم الشراء الوكيل ولا يتوقف على إجازة من اشترى له؛ لأن الشراء وجد نفاذًا على العاقد؛ لأن الشراء يصرف في ملك نفسه بإيجاب الثمن في ذمته لا في ملك الموكل فإنما يقع الشراء للآمر إذا كان موافقا لأمره فيصير عاملا له بحكم أمره، فإذا خالف لم يقع له فيقع للوكيل حتى لو كان الشراء لا يجد نفاذا على المشتري يتوقف كالصبي والعبد المحجور والمرتد والوكيل حتى لو كان بشراء عبد إذا اشترى ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين في ملك الموكل يتوقف على إجازة الموكل؛ لأنه بائع العين والبيع يتوقف على الإجازة.

ولو قال: بع بما باع به فلان فقال فلان بعت بأربعين فباع بها ثم وجد فلانا باع بخمسين فالبيع مردود؛ لأنه وكله بالبيع بمثل ما باع فلان لا بمثل ما أخبره فلان، وإن كان فلان قد باع كرا بأربعين وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كله بأربعين أربعين أخبر به استحسانًا. وجه القياس: أنه وكله ببيع طعامه بمثل جميع ما باع فلان؛ لأن كلمة ما للتعميم كقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [آل عمران: ١٠٩] أي جميعه فصار كأنه قال بع طعامي بجميع ما أباع به فلان وهو باع ببعض ما باع به فلان فلا ينفذ. وجه الاستحسان: أن العمل بالتعميم هنا متعذر؛ لأنه لا يمكن بيع طعام واحد مرة بخمسين ومرة بأربعين، فإذا تعذر العمل بحقيقته كان المراد منه البعض فكأنه قال بع طعامي ببعض ما باع به فلان، فإذا باع فلان بخمسين وأربعين فكأنه قال بع بأربعين أو بخمسين؛ لأنه بأيهما باع فقد باع بمثل ما

باع به فلان، فإنه قد باع بأربعين. وكله أن يشتري له طعاما فاشتراه بنسيئة جاز؛ لأنه وكله بشراء طعام مطلقًا لا بعينه ولم يدفع الثمن إليه فبالشراء نسيئة كان ممتثلا لأمره لا مخالفا وليس للوكيل أن يحبس لاستيفاء الأثمان؛ لأن الأجل ثابت في حق الوكيل فصار كأنه باع ما اشترى من موكله بثمن مؤجل، فإن مات الوكيل فحل عليه المال لا يحل على الآمر؛ لأن الأجل ثابت في حقهما فإنما سقط في حق الوكيل بموته لاستغنائه عن الأجل فالموكل حي قائم محتاج إلى الأجل فيبقى الأجل في حقه.

(النوادر): مسائله على أقسام:

أحدها: في التوكيل بالبيع أو بالشراء المطلق إذا باع بشرط الخيار ثم تغيرت قيمة المبيع قبل الإمضاء.

والثاني: في الوكيل إذا خالف في الثمن ثم أجازه الموكل.

والثالث: إذا خالفه في أصل العقد.

(فصل)

هشام عن محمد رحمهما الله قال: وكل رجلا ببيع جارية وقيمتها ألف فباعها بألف فالوكيل بالخيار فصارت قيمتها ألفين ليس له أن يمضي البيع وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

ولو سكت الوكيل حتى مضت الثلث فعند محمد بطل البيع، وعند أبي يوسف البيع جائز، وعند أبي حنيفة رحمه الله البيع جائز كما كان.

ولو كان البائع وصيا والمسألة بحالها لا يجوز البيع فمحمد رحمه الله سوى بين الإمضاء وبين مضي الأيام؛ لأن كل واحد منهما تتمة للعقد وعنده لا يملك البيع ابتداء بغبن فاحش فكذلك في الإمضاء، وأبو يوسف فرق بينهما فقال: مضي الأيام مما لا منع فيه رجال ما باع خلا تصرفه عن الغبن الفاحش فلم يوجد الإمضاء والإنشاء صريحا وتحقيقا فصح العقد السابق، فأما الإمضاء فعله فصار كأنه أنشأ العقد في حق حكمه فلم يصح، وأبو حنيفة فرق بين الوصي والوكيل والفرق أن الوكيل بالبيع مطلقًا

يملك البيع بغبن فاحش ابتداء عنده، فلأن يملك إمضاء بيع لا غبن فيه ابتداء أولى والوصي تصرفه مقيد بشرط الأنظر والأحسن، فإذا اقترن به الغبن الفاحش لم يصح، والوكيل بالشراء إذا اشتراه على أنه بالخيار فانتقصت قيمته في الثلاثة بطل البيع؛ لأن بالإجماع الوكيل بالشراء لا يملك الشراء بغبن فاحش ابتداء فكذلك لا يملك الإمضاء. وكل آخر بأن يبيع عبده هذا بألف درهم وقيمته ألف فتغير السعر حتى صارت قيمته ألفين قال ليس للموكل أن يبيعه بألف لتقييده بما سبق.

(فصل)

ذكر هشام عن محمد: في رجل أمر رجلا أن يبيعه غلاما له بمائة دينار فباعه المأمور بألف درهم ولم يعلم المولى بما باعه فقال المأمور بعت الغلام وقال المولى قد أجزت يجوز بيعه بألف؛ لأنه باعه بأمره وكذلك التزويج؛ لأنه خالف أمر الآمر في البدل ووافقه في أصل البيع فيوقف على إجازة المالك، فإذا أخبره بالبيع واتصلت به الإجازة صح وصار كأنه أخبره بالبيع بألف فجاز وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله صار كأنه أمره ببيع الغلام مطلقًا ابتداء ولم ينص على الثمن كان له أن يبيعه بأي ثمن أراده.

(فصل)

رجل عند وكيله كر حنطة فأمره بأن يتصدق على فلان كذا قفيز حنطة من تلك الحنطة ثم إن المتصدق عليه أمر وكيل الآمر بأن يبيع تلك الحنطة قبل أن يسلم إليه قال لا يجوز البيع؛ لأنه أمره بالبيع قبل أن يملكه؛ لأن الصدقة لا تملك قبل التسليم فالبيع صادف ملك الموكل فيوقف على إجازته، فإن أجاز جاز وإلا فلا. وكل آخر بشراء العبد من فلان، ثم قال البائع بعت هذا العبد من فلان بن فلان وهو الآمر فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل؛ لأن الموكل إنما أمره أن يعقد هو لكي تكون العهدة عليه دونه وقد قبل على الموكل فصار مخالفا.

(الجامع): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا خالف الوكيل في الأجل.

والثاني: فيما إذا خالف في الثمن.

(فصل)

أصله: أن الوكيل يملك التصرف الفاسد ولا يضمن إذا خالف؛ لأنه أتى بما ينطوي عليه إطلاق الموكل والمطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده وتخصيصه إلا بدليل والظاهر من حال الموكل أنه أراد بالتصرف الجائز دون الفاسد حملا لأمره على الصلاح والسداد ولكن الظاهر لا يصلح حجة لإثبات أمر لم يكن ثابتا فلا يصلح أيضًا حجة ليفسد الأمر بالجائز فمتى باشر الوكيل فاسدا وسلم يضمن والضمان لم يكن ثابتا والظاهر لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن ثابتا. وكّله ببيع عبده إلى العطاء الأول فباع إلى العطاء الثاني إن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه زاد في الأجل المأمور به فلم يدخل هذا البيع تحت الأمر بالبيع فصار غاصبا بالتسليم والمشتري بالقبض.

ولو أمره إلى العطاء الثاني فباع إلى الأول لم يضمن؛ لأنه خالف إلى خير متى نقص عن الأجل المأمور به فلا يعد خلافا، وكذلك لو باعه إلى أجل مجهول دون أجل العطاء لا يضمن، ولو أمره بالشراء إلى العطاء فاشترى بأجل دونه أو مجهول فقد اشتراه لنفسه؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأن له ضررا في نقصان الأجل؛ لأن المعجل خير من المؤجل.

(فصل)

أمر رجلا ببيع عبده فباعه بألف ومائة رطل من خمر ودفع العبد إلى المشتري فمات في يده فعند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء الآمر ضمن المشتري جميع القيمة، فإن إخبار ضمان البائع قسم العبد على ألف وقيمة الخمر وما أصاب الألف من العبد فليس على البائع في ذلك ضمان وما أصاب حصة المائة رطل ضمنها البائع؛ لأنه تصدى من كل واحد منهما سبب ضمان المشتري القبض بحكم بيع فاسد ومن الوكيل المخالفة؛ لأن العروض إذا قوبل بالعروض كان شرا فيكون مشتريا الخمر بما يقابله من العبد وبائعا العبد بما يقابله من الألف فكان موافقا في بيع ما يخص

العبد من الألف؛ لأنه أمره ببيع العبد بألف وقد باع بعضه بألف وعنده يملك تبعيض الملك في المبيع فكان خلافا إلى خير فلا يصير مخالفا في قدره ويصير مخالفا فيما يصح الخمر من العبد فصار بالتسليم إلى المشتري غاصبًا فيما يخص العبد من الخمر وعندهما إن شاء ضمن البائع جميع القيمة، وإن شاء المشتري؛ لأن عندهما لا يملك التبعيض في البيع فيصير مخالفا في الكل فصار ضامنا للكل وإن قسم عندهما يجب أن لا يصير مخالفا فيما يخص العبد من الألف؛ لأنه باع بعض العبد بالألف بيعًا فاسدًا.

ولو باع بعضه بألف بيعا جائزا لا يصير مخالفا فكذا هذا. قلنا في البيع الجائز إنما لم يصر مخالفا؛ لأن ما هو مقصود الآمر قد حصل وهو الألف فكان خلافا إلى خير وفي البيع الفاسد ما هو مقصوده وهو الألف لم يحصل له، فإن الألف التي قبضها الآمر لم تسلم له وإنما تسلم له قيمة العبد وبعض قيمة العبد الذي هو حصة الألف ربما لا يبلغ ألف درهم والخلاف متحقق ببيع نصف العبد فلا يزول الخلاف بالاحتمال حتى لو كان ما يخص الألف من قيمة العبد يبلغ الألف لا يصير مخالفا أيضًا؛ لأنه للآمر مقصوده فكان موضع المسألة في الجامع أن قيمة العبد ألف أو أقل فلا يحصل للآمر مقصوده فصار الوكيل مخالفًا عندهما.

ولو كان مكان العبد طعام والمسألة بحالها اتفق الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن الوكيل يملك تبعيض المكيل والموزون بالإجماع، ولو أمر أن يصالح من دم العمد على خمر فصالح على خنزير لا يصح؛ لأنه لم يفعل ما أمره به.

(باب ما يضمن به الوكيل وما لا يضمن)

(المبسوط): وكله ببيع عدل زطي فقصره الوكيل ضمن لما ضاع منه؛ لأنه سلم الأمانة إلى من لم يؤمر بالتسليم إليه كالمودع إذا دفع الوديعة إلى من لم يؤمر بالدفع إليه، فإن رجع المتاع إليه ثم هلك فلا ضمان؛ لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فيعود أمينًا ولا يبقى ضمينًا، وإن باعه بعد القصارة فالثمن كله للآمر وليس

للوكيل آخر القصارة؛ لأن الوكيل لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل كالمودع لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل، ولهذا الوكيل بالبيع بألف باع بخمسمائة لا ينعزل حتى لو باعه بألف بعد ذلك يجوز فكذا هذا، وإذا جاز البيع للآمر سلم الثمن كله له، وليس للوكيل في الثوب عين مال قائم إنما له مجرد آثار العمل وذلك لا قيمة له، ولهذا القصار لا يحبس الثوب بالأجر والوكيل استأجر القصار بغير أمره فلا يلزمه الآمر، ولو باع الوكيل العبد ثم قطع الوكيل يده قبل قبض المشتري، فإن شاء أدى الثمن كله ويأخذ العبد وضمن الوكيل نصف قيمته، وإن شاء فسخ البيع ويضمن الوكيل للآمر نصف القيمة؛ لأن فعل الوكيل كفعل الأجنبي لا كفعل العاقد لنفسه؛ لأنه ليس بعاقد لنفسه حقيقة بل عاقد للموكل إلا أنَّا جعلناه في حق حقوق العقد كان عاقدا لنفسه في حق من يعاقده نظرا لمن يعاقده وليس في جعله عاقدا لنفسه هنا ضرر لمن يعاقده، فإنه لو جعل هكذا استنسخ البيع وليس فيه نظر للعاقد الآخر فلا يجعل عاقدا لنفسه فكان بمنزلة الأجنبي في حق الضمان، وقطع الأجنبي يوجب الخيار للمشتري فكذا هذا ويبيع الوكيل بنصف القيمة وتصدق بالفضل. قيل في المسألة روايتان في رواية يبطل العقد. باع العبد ثم قتله الوكيل بطل البيع وإن قطع يده انفسخ البيع في النصف.

(المنتقى): ولو دفع إلى آخر دراهم وأمره أن يشتري له حنطة ويزرعها فاشترى في وقت لم يخرج زرعا شيئًا ينظر إن اشترى في أوان الزراعة جاز الشراء على الآمر وهو ضامن لحنطته وإن اشتراها في غير أوان الزراعة فالشراء لنفسه وهو ضامن لثمن الحنطة؛ لأنه صار مخالفا؛ لأنه أمره بالشراء للزراعة فيكون مقيدا بأوان الزراعة، فإذا اشتراها في غير أوانها صار مخالفا.

(الفتاوى): عن أبي يوسف رحمه الله فيمن أعطى آخر دينارًا يبيعه فباع الوكيل دينار نفسه للآمر واحتبس دينار الآمر لنفسه لا يجوز، ولو دفع إليه دينارا ليشتري به ثوبا فاشترى بدينار من عند نفسه جاز الشراء للآمر والدينار له، وكذا لو دفع إليه دينارًا ليقضي عما عليه فقضى به من مال نفسه وحبس دينار الآمر لنفسه جاز؛ لأن ما هو مقصود الآمر وهو شراء الثوب وقضاء دينه قد حصل له في الوجهين ولا

كذلك في الوجه الأول؛ لأن مقصوده بيع ديناره ولـم يحصل، وذكر في القبول لو دفع إلى رجل عشرة دراهم ليتصدق بها وأنفقها الوكيل ثـم تصدق بغيرها لا يجزيه ويضمن العشرة، وإن كانت الدراهم عنده ثم تصدق من عنده عرضه، فإنه يجوز استحسانًا؛ لأن الدراهم والدنانير يتعيّنان في غير المعاوضات كالصدقات والهبات والشركات والغصوب والأمانات إلا أن في الأول بالدفع يعين، فإذا أنفقها وجب ضمانة في ذمته وفي الثاني أمره بالتصدق ولـم تصر الدراهم مضمونة عليه؛ لأنها عنده، فإذا تصدق وقع عن الآمر. رجل اشترى عبدا فلم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه فأعتقه الوكيل لـم يضمن؛ لأن الضمان من حقوق العقد والعاقد هو الموكل والوكيل بالعتق وكيل بقبض حكمي، ولو وكله بالقبض حقيقة فقبض لم يضمن إنما الضمان على العاقد فكذا هذا.

(الجامع): مسائله على فصلين:

أحدهما: في توكيل الشاهد المقر بعتق عبده ببيعه.

والثاني: في الوكيل بالشراء إذا وجد الثمن زيوفا.

(فصل)

رجلان شهدا بعتق عبد فردهما القاضي لنهمه ثـم المولى وكّل أحدهما ببيع العبد فباع من صاحبه صح ويعتق العبد على المشتري والبائع ضامن للثمن للآمر والمشتري بريء من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

أما جواز البيع؛ لأن إقرار الشاهد بالعتق لم يصح على الموكل؛ لأنه على العبد فبقي العبد على ملكه فصح توكيله وقام الوكيل مقامه في البيع والبائع والمشتري إن تصادقا على فساد البيع لظنهما لا يصدقان على الموكل فحكم بالجواز بناء على زعم الموكل، وأما البراءة عن الثمن؛ لأن الوكيل بالبيع مالك للإبراء عن الثمن وقد أقر هنا بالبراءة؛ لأنه زعم أنه باع حرا وأنه بريء من الثمن فنفذ إقراره عليه فصار ضامنا للثمن عندهما خلافا لأبي يوسف لما عرف إلا أن عند أبي يوسف هنا الموكل يتولى قبض الثمن وفي الوكيل بالبيع الصحيح لو أبرأ المشتري عن الثمن

لما لم يصح عنده فالوكيل يتولى قبض الثمن، والفرق أن ثمة الوكيل زعم أن الثمن واجب على المشتري، وإن أبرأ لم يصح فنزل وجوده وعدمه بمنزلة فبقي ولاية الاستيفاء له وهنا زعم أن لا ثمن على المشتري وإقراره صحيح فيما له من المطالبة فتعجز عن المطالبة بالاستيفاء فينقل حق القبض إلى الموكل، فإن باع من رجل آخر صح ويقبض الثمن ولا يعتق؛ لأن المشتري لم يقر بعتقه وإقرار البائع ببراءة المشتري عن الثمن إنما يثبت في ضمن إقراره بحرية العبد لا نصًّا وإفصاحا وإقراره بالحرية لم يصح في حق المشتري بجحوده وإنكاره فلا يثبت ما في ضمنه ولأن الإبراء يرتد بالرد فبطل في حق المشتري برده، فإن صدقه المشتري بعدما قبض البائع الثمن صحت البراءة وعتق العبد ويضمن البائع من ماله للمشتري كما لو قبض الثمن ثم أبرأه صريحا؛ لأن إبراء الوكيل عن الثمن بعد قبضه لا يصح في حق المقبوض؛ لأنه تعين ملك الموكل فيه فلا يملك الوكيل إبطال حقه عن العين كما لو وكله بأن يبيع عبده بعرض بعينه فباع به ثم ذهب العرض من المشتري لم تصح هبته فكذا هذا فسلم المقبوض للموكل ويضمن الوكيل مثله للمشتري؛ لأنه زعم أنه قبض ماله بغير حق وقد عجز عن الرد فيلزمه رد مثله ولو صدقه قبل القبض يبرأ المشتري ويضمن البائع للآمر عندهما.

(فصل)

أصله: أن الأمين متى أخبر عما كان مسلطًا عليه صدّق ولأن تسليطه عليه وتمكينه فيه دلالة الرضاء بحصوله وصار، كما لو قال المودع للمودع دفعت الوديعة إلى رسولك وكذباه فيه صدق المودع في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه سلطه على الحفظ وعلى الدفع والرد إليه أو إلى نائبه فيكون مصدّقا في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه سلطه على الحفظ وعلى الدفع والرد إليه أو إلى نائبه ولا يكن مصدقا فيما لم يكن مسلطا عليه لعدم الرضاء بحصوله من المالك.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الوكيل بالبيع.

والثاني: في الوكيل بالشراء.

أما القسم الأول: وكّل رجل رجلا بأن يشتري له شيئًا بألف ودفعها إليه فاشترى فوجد الألف زيوفا قبل قبض البائع وضاعت في يده، ضاعت من مال الموكل، ولو قبضها البائع فردها يهلك من مال الوكيل، والفرق أن إبراء الوكيل أوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل، فإذا قضى الوكيل دينه بأمر الموكل فقد وجب للموكل على الوكيل ألف وله على الموكل مثل ذلك فيلتقيان قصاصا فصار الوكيل مقتضيا دينه من الموكل؛ لأنه صاحب أول الدينين، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيا والاقتضاء سبب ضمان فصار مضمونا عليه والقضاء، وإن انتقض يرد البائع لم ينتقض اقتضاء الوكيل ما لم يرد الألف على الموكل؛ لأن الاقتضاء لا يحتمل الانتقاض ما دام المال في يد المقتضي، ألا ترى أنهما لو قالا نقضنا الاقتضاء لا ينتقض الاقتضاء ما لم يرد المستقضي المال على الغريم؛ لأن صحة الاقتضاء إنما تكون بالقبض فما لم ينقض القبض لانتقض الاقتضاء وصار كالاستقراض لا ينتقض بالنقض باللسان ما بقي المال في يد المستقرض فبقي اقتضاء الوكيل على حاله، وإن انتقض القضاء بقبض المال من البائع، فإذا هلك يهلك على الوكيل بخلاف ما إذا لم يقبض البائع الألف من الوكيل؛ لأنه لم يوجد من الوكيل قضاء دينه فلم يثبت اقتضاء دينه على الموكل ضمنا له فبقي الألف أمانة في يده فلا يهلك على الأمين كما في الوديعة، ولو وجدها البائع ستوقة فردها تهلك من مال الموكل؛ لأنه بدفع الستوقة لم يصر قاضيا دينه فلم يثبت الاقتضاء من المودع وإنما وجد من الوكيل مجرد دفع الأمانة إلى الأحد بغير إذن صاحب الأمانة، فإذا عاد إلى يده زال سبب الضمان والآمر بالحفظ قائم؛ لأن الخلاف من حيث الفعل لا يرفع الآخر كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينًا فكذا هذا، وهلاكه في يد الأمين كهلاكه في يد المالك. وكّل ببيع جارية ودفعها إليه فقال بعتها وهلك الثمن وأنكر الموكل أنه قبض شيئًا فالقول للوكيل، وإن وجد المشتري بها عيبًا فردَّها لم يرجع المأمور على الآمر بشيء ويبيع القاضي الجارية فيؤدي إلى ما أخذه منه إليه، فإن فضل شيء أخذه الآمر؛ لأن الوكيل مسلط على

بيع الجارية وقبض الثمن ودفعه إلى الموكل فكان مصدقا فيه وغير مسلط على استحقاق مال آخر من مال الموكل سوى الجارية فلم يكن مصدقا في حق الرجوع على الموكل إذا كذبه في إقراره وقد كذبه لما أنكر قبض الثمن وقد تعذر استيفاء ما أدى إلى المشتري من مال آخر فكان للقاضي أن يبيع إذا غاب الموكل غيبة منقطعة، فإن فضل شيء فالفاضل ثمن جارية الموكل فيكون له، فإن صدق الآمر المأمور في بيع الجارية وقبض الثمن وقال: لم يدفع الثمن إليَّ، فالمسألة بحالها رجع المأمور على الآمر بالثمن؛ لأن إقرار الموكل بقبض الوكيل الثمن إقرار منه بقبض الثمن حكما؛ لأن قبض الوكيل قبض الموكل ما لم يحدث حبسا، ولهذا لو هلك في يد الوكيل صار كأنه هلك في يد الموكل حكمًا فقد أقر بدخوله في ضمانه ثم ادعى دفعه إلى المأمور فلا يصدق، ولو لم يدفع الآمر الجارية إلى الوكيل فأمره ببيعها فقال بعتها وقبضت الثمن وضاع لم يصدق على قبض الثمن؛ لأن الجارية متى لم تكن مدفوعة إليه فهو غير مسلط على تسليمها إلى المشتري قبل وصول الثمن إلى الموكل كما لو باع المالك الجارية بنفسه لا يكون تسليطا منه للمشتري بقبض الجارية قبل وصول الثمن إليه فلم يصدق الوكيل في حق تسليم الجارية إلى المشتري وصدق في حق البيع منه؛ لأنه مسلط عليه ثم إن شاء المشتري أعطاه ألفًا أخرى ويرجع على الوكيل بألف، وإن شاء نقض البيع؛ لأن المشتري لزمه زيادة غرم لم يرض به قبل وصول الثمن إلى الموكل فيخير في ذلك كما في بيع الراهن ويرجع على الوكيل بألف؛ لأنه إنما دفع الألف إليه بشرط أن يسلم له ما في ذمته من ثمن الجارية ولم يسلم له فكان له الرجوع. جارية بين رجلين وكّل أحدهما صاحبه ببيعها فباعها بألف فأقر الذي لم يبع أن البائع قبض الثمن وأنكر البائع برئ المشتري من حصة المقر ويدفع نصف الثمن إلى البائع؛ لأنه أقر الذي لم يبع ببراءة المشتري عن الثمن لما أقر بقبض البائع الثمن فصح إقراره في حقه ولم يصح في حق البائع فيكون نصف الثمن سالما له.

ولو كان البائع أقر أن شريكه قبض الثمن وأنكر شريكه ذلك برئ المشتري من نصف الثمن مضافا إلى من يجوز قبضه وهو حصة الشريك الذي لم يبع، فإذا قبض

من المشتري نصف الثمن جاز وبرئ المشتري عنه، والمالك للشيء إذا أقر بما يملك مضافا إلى من يجوز تصرفه يصح كالوكيل يعتق العبد إذا أقر أن الوكيل أعتقه يصح ويعتق العبد فكذا هذا فبرئ المشتري عن نصف الثمن بإقرار البائع فلا يبرأ من النصف الثاني؛ لأنه أقر بقبضه مضافا إلى من لا تحرر قبضه، فإن قبض الشريك الذي لم يبع نصيب البائع لا يصح؛ لأنه ليس بمالك ولا عاقد فيه ويكون مشتركا بينهما؛ لأن الذي لم يبع زعم أنه قبض النصف الباقي من الثمن فهو محق في قبضه وأنه من الثمن الذي كان مشتركا بينهما، والبائع يدّعي أنه قبض نصيبه فيكون مدعيا تخليص الباقي لنفسه بدعوى القبض فلا يصدق في خلوص الباقي له ويستحلف البائع لشريكه بعد قبض شريكه؛ لأن البائع في قبض حصة شريكه كان أمينًا فصار كالمودع إذا قال للمودع: قبضت الوديعة من منزلي وأنكر صاحب الوديعة ذلك فاليمين على المودع بالله لقد قبض صاحب الوديعة فكذا هذا، وإن نكل لزمه ما نفى من حق الشريك؛ لأنه صار مقرا أنه لم يقبض الثمن، وأن نصيبه إنما نوى بإقراره فكان مستهلكا على الذي لم يبع ما بقي من نصفه فيضمن.

(باب تصرف الوكيل أو البائع في الثمن)

(المبسوط): وإبراء الوكيل وهبته الثمن من المشتري وفسخه العقد صحيح عندهما ويضمن للموكل الثمن.

وقال أبو يوسف: لا يصح؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير أمره فلا يصح كما لو قبض الثمن ثم وهبه منه.

لهما: أن القبض حق الوكيل، فإذا أسقط الوكيل حقه في القبض فقد أسقط حقا محتملًا للسقوط فصح ولما سقط حقه في القبض والمطالبة بقي دين ليس له مطالب فصار كالتاوي والتالف لعجزه عن الوصول إليه فيضمن الوكيل؛ لأن التوى حصل بتصرفه. وهب البائع الثمن كله للوكيل أو حط الثمن كله عنه، فإن للوكيل أن يأخذ الثمن كله من الآمر.

ولو وهب أو حط بعضه سقط عن الآمر بقدره والفرق أن حط بعض

الثمن يلتحق بأصل العقد ويجعل العقد معقودا من الابتداء بما وراء المحطوط، فأما هبة جميع الثمن أو حطه لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق بأصل العقد يصير كأن العقد وقع من الابتداء بغير ثمن فيفسد فاقتصر على الحال فلم يظهر أن العقد عقد بدون الثمن حتى يحط عن الموكل إلا أن الوكيل يصير كأنه باع ما اشترى من الموكل لما بينا، ولهذا كان للوكيل أن يرجع بالثمن على موكله قبل الأداء وكان رجوعه بالثمن لبيعه منه لا لملك ما في ذمته، ولو أمره أن يشتري له عبدا بألف فاشتراه بألف ومائة ثم حط البائع المائة لم يلزم الآمر؛ لأن الشراء نفد على الوكيل لأنه صار مخالفا إلا أن الموكل يتضرر بالزيادة على مائة ولا ينتفع بوجه ما فصار مخالفا من كل وجه فنفذ عليه ولم يتوقف على الموكل؛ لأن بعد الحط لا ينتقل الشراء إلى الآمر؛ لأن الوكيل لا يملك نقل عقد نفذ عليه إلى الموكل فالحط وقع للوكيل لا للموكل.

(المنتقى): عن الحسن بن زياد رحمه الله: لو وهب منه البائع خمسمائة ثم وهب منه الخمسمائة الباقية لا يرجع الوكيل على الآمر بالخمسمائة الأولى؛ لأنه حط ويرجع بالخمسمائة الباقية؛ لأنه هبة؛ لأنه لا يصير كأنه وهب منه جميع الثمن وهب منه تسعمائة ثم وهب منه المائة الباقية، فإنه لا يرجع على الآمر إلا بمائة وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبه أخذ الحسن رحمهم الله، وإذا أبرأ البائع الوكيل بالشراء عن الثمن كان الثمن للوكيل ويرجع على الموكل فالبراءة والهبة فيه سواء.

وإن أبرأه أو وهبه بعضه فذلك حط والحط للآمر طالب ومطلوب. وكّل رجل هذا المطلوب ليبيع ثوبه فباع المطلوب من طالبه جاز وصار ثمنه بدينه قصاصا في قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في إبراء الوكيل المشتري عن الثمن ويضمن الوكيل للموكل.

وقال أبو يوسف: لا يصير قصاصًا.

وفي **(نوادر ابن سماعة)**: فإن كان دين المشتري على الموكل لا يصير قصاصًا؛ لأنه ليس للموكل مطالبة المشتري بالثمن.

(باب الحقوق في الوكالة)

(المبسوط): الواحد لا يتولى طرفي البيع سواءً كان البدل مسمى أو لا؛ لأن الوكيل في البيع مستثنى وليس كسفير ومعبر؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل دون الموكل دفعًا للضرر عن المشتري وأمكن أن يجعل منشئا؛ لأن حكم البيع يقبل الفصل عنه فجاز أن يكون البيع واقعا لشخص والحكم لغيره، وإذا كان عاقدا كان مستزيدًا ومستنقصًا ومملكًا ومتملكًا ومطالبًا وبينهما تضاد إلا إذا كان الوكيل صبيًا أو عبدًا محجورًا جعل الوكيل ثم سفيرًا ومعبرًا ضرورة دفع الحقوق عن الوكيل كي لا يتضرر.

ولا يتولى طرفي الخلع والكتابة والعتق والصلح عن دم العمد إذا لم يكن البدل مسمى، فإن كان البدل مسمى يتولى طرفي هذه العقود في هذه الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أن الواحد يملك طرفي هذه العقود سواء كان البدل مسمى صح أو لا. وصحح بعض أصحابنا هذه الرواية ولم يصححوا الأولى.

وجه هذه الرواية: أن الوكيل في هذه العقود بمنزلة الرسول لا سفير ومعبر؛ لأن حقوق هذه العقود راجعة إلى الموكل كما في النكاح والواحد يصلح سفيرًا ومعبرًا كالرسول.

وجه ظاهر الرواية: أن هذه العقود لا تعتبر معاوضة إلا بتسمية البدل فمتى لم يكن البدل مسمى في هذه العقود لا بد للوكيل من تسمية البدل؛ لأنه من غير تسمية البدل لا تصير هذه العقود معاوضة وقد أمر الوكيل بالمعاوضة، وإذا لم يكن بد من تسمية المال فيكون في حق التسمية وكيلا لا رسولا؛ لأن تقدير التسمية مفوضٌ إلى رأيه وحق المولى والزوج في الاستزادة وحق العبد والمرأة في الاستنقاص فيصير الوكيل مستزيدًا لحق المولى ومستنقصًا لحق العبد، والواحد لا يصير مستزيدًا ومستنقصًا؛ لأنه يؤدي إلى التعارض باعتبار التسمية إن كان لا يؤدي إلى التضاد باعتبار الحقوق بخلاف النكاح فالواحد يتولى طرفيه، فإن لم يكن البدل

مسمى؛ لأن النكاح يصح بدون التسمية فكان للوكيل بد من التسمية فلا يؤدي إلى التضاد في حق الحقوق ولا في التسمية.

ثم الوكيل في عقود يقبل الفصل عن الحكم كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح على إقرار الجاري مجرى البيع فالحكم يقع للموكل. فالحقوق تثبت للوكيل فيكون أصيلا في حق الحقوق حتى إن الوكيل يطالب بالثمن ويطالب به ويقبض المبيع ويرد بالعبد ويرد عليه والوكيل في العقود لا يقبل الفصل عن الحكم فالحقوق تقع للموكل لا للوكيل حتى لا يطالب بتسليم البدل ولا بتسليم المبدل، وقال زفر والشافعي: الحقوق في الكل تقع للموكل؛ لأن الوكيل يملك التصرف بأمره فيملك بقدر ما أمره وقد أمره بالعقد فصار إنشاء العقد وإيقاعه مضافا إلى الوكيل فيكون حكمه حكمه وحقوقه وأفعاله.

لنا: أن الوكيل عاقد لنفسه في حق الحقوق؛ لأن دفع الضرر والغرر واجب على العاقد الآخر شرعا؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء يستغني عن ذكر الموكل وإضافة العقد إليه والبائع يبني الأمر على أن الوكيل هو العاقد ولو لم يجعل الوكيل عاقدًا لنفسه في حق الحقوق لم يتمكن البائع من مطالبة الوكيل بالثمن والموكل ربما يكون مفلسًا فيقع في ضرر عظيم بخلاف النكاح؛ لأن الوكيل ثمة لا يستغني عن ذكر الموكل فجعل نائبا محضًا كالرسول.

ولو وكله بالصلح عن دينه ذكر في (السير الكبير): لو أضاف الصلح إلى نفسه فالحقوق له وإن أضاف إلى الموكل فالحقوق للموكل؛ لأن الصلح إسقاط من وجه معاوضة وتمليك من وجه فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا فجعلنا رسولا في حال وكيلا في حال، ثم قال أبو طاهر الدباس: الملك يقع للموكل ابتداء بدليل أن المشتري لو كان قريب الوكيل أو منكوحته لا تعتق ولا تفسد النكاح وقال الكرخي: يقع للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل لأنا نعتبر الملك واقعا له في حق القبض؛ لأن القبض لا يملك إلا بملك المقبوض ولم نعتبره واقعًا فيما عداه وإنه جائز كالمكاتب اعتبر الملك واقعا له في حق المعاوضة دون التبرع والوكيل بشراء شيء بعينه يقع العقد والملك للموكل، فإن لم نضف العقد إليه إلا في مسألة وهي ما لو

قال لعبد الغير اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى: بعني نفسي من فلان فباعه يكون للآمر؛ لأنه وكل العبد في شراء النفس له وقد اشترى له حيث أضاف العقد إليه، فإن قال بعني نفسي ولم يقل من فلان فأجابه السيد فهو حر؛ لأن بيع العبد منه إعتاق، فإذا أضاف البيع إليه وقبله العبد يصلح أن يكون إعتاقا ويصلح أن يكون بيعا من الآمر فجعلناه إعتاقا؛ لأن البيع لا يصلح معارضا للإعتاق ولأنه آكد من البيع وأسرع نفاذا منه، فإذا أضاف الشراء إلى نفسه يكون ذلك إعتاقا فلا يكون ممتثلا، فإنه وكله بالشراء لا بالعتق فوقع له.

والوكيل بالهبة والوديعة والعارية والرهن إذا قبض وفعل ما أمره به ليس له المطالبة بحقوقها وهو الرجوع في الهبة واسترداد الوديعة والعارية وفك الرهن وقبضه؛ لأنه سفير ومعبر في هذه العقود؛ لأن أحكام هذه العقود لا تثبت إلا بالقبض والقبض يصرف في المحل وهو أجنبي عن المحل الذي تلا فيه القبض؛ لأنه لا ملك له في المحل فلا يمكن أن يجعل أصلا في قبض المحل فجعلناه سفيرا ومعبرا في حق نفس العقد.

وكذلك الوكيل بالاستعارة والاستيهاب والارتهان والشركة والمضاربة لما بينا.

عبد مدبر قال لرجل اشترني من مولاي بألف فاشتراه وهو ابنه لا يعتق والمال على العبد لا غير؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه بل للمدبر فيصير كأن المدبر قبل ذلك وللوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل خلافا لزفر؛ لأن الوكيل عنده ثابت محض فصار المبيع أمانة في يده، ولهذا لو هلك قبل الحبس لا ضمان عليه. لنا: لما كان الملك واقعا للوكيل في حق الحقوق ولم ينتقل منه إلى الموكل نزل الوكيل في حق الموكل منزلة البائع فكان له حبس المبيع لاستيفاء الثمن فإنما كان أمانة قبل الحبس؛ لأنه عاقد لنفسه من وجه ولموكله من وجه فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا فاعتبرنا شبه كونه ثابتا قبل الحبس وجعلنا المبيع أمانة في يده فاعتبرنا شبه كونه بالغا بعد الحبس وجعلناه مضمونا عليه.

فإن حبس وهلك يهلك هلاك البياعات عندهما، وعند أبي يوسف هلاك المرهون؛ لأن دينه ما وجب على الموكل بعقد البيع وإنما وجب عليه بسبب هذا

العين فيجب قضاؤه من هذا العين فيصير في معنى المرهون، وعند زفر هلاك المغصوب لما عرف الوكيل بالبيع إذا باع ليس للموكل قبض الثمن؛ لأن حق القبض للعاقد وهو الوكيل فلا يملك الموكل إبطاله، فإن دفع إلى الموكل لا يبرأ قياسا؛ لأنه دفع إلى من ليس له حق الدفع ويبرأ استحسانًا؛ لأن الحق وصل إلى مستحقه، فإن كان حق القبض لغيره لصاحب المواشي إذا دفع الزكاة إلى الفقير ولأنا لو نقضنا هذا القبض احتجنا إلى إعادة مثله فلا يفيد النقض.

كتب الوكيل الصك باسم رب العبد لا يسقط حقه في قبض الثمن وله أن يقبض إلا أن يوكل مولاه بقبضه؛ لأن بكتبه الصك لم يخرج الوكيل من أن يكون عاقدا وحقوق العقد للعاقد الوكيل بالكتابة لا يقبض المال لأنه رسول.

أمره أن يشتري له كر حنطة من الفرات فاشتراه واستأجر بعيرا فحمله فالكراء على الآمر استحسانًا؛ لأنه إن لم يأمره بالنقل نصًا فقد أمره به عرفا؛ لأن العرف فيما بين الناس أن من اشترى طعاما من ناحية من نواحي المصر فإنما يشتري لينتقل إلى منزله لا ليكون هناك فيكون هذا أدبًا منه بالاستئجار دلالة والثابت عرفا كالثابت نصًا.

وإن كان أمره أن يستأجر بدرهم فاستأجر بدرهم ونصف لم يلزم الآمر؛ لأن التوكيل بالاستئجار متى خالف صار مستأجرا لنفسه كما في الوكيل بالشراء.

[«الفتاوى»][(١)]: الوكيل بالبيع إذا باع ومات لا يكون للموكل قبض الثمن إلا بتوكيل من جهته؛ لأن الوكيل مالك للحقوق فجاز له تفويض الحقوق إلى موكله لا إلى غيره لما تبين، ولو اشترى الوكيل الجارية بألف ونقدها من مال نفسه وقبض الجارية ونقد الآمر من الثمن خمسمائة وطلب منه الجارية فمنعها فهلكت الجارية عند الوكيل فسلم للوكيل الخمسمائة التي قبضها ويطلب الخمسمائة؛ لأن الجارية كانت رهنًا فيها، ولو كان حبسها قبل أن ينقد الخمسمائة فعليه أن يرد الخمسمائة المقبوضة ويطلب الخمسمائة الباقية.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

(باب ما يصدق فيه الوكيل على الموكل وما لا يصدق)

(المبسوط): وكّل رجلا أن يشتري له أمة بألف فاشتراها بألفين وبعث بها إليه فوطئها الآمر فولدت، ثم قال الوكيل اشتريتها بألفين ينظر إن كان حين بعث قال هذه الجارية التي أمرتني فاشتريتها لك لم يصدق على ألفين ولم يقبل بينته؛ لأنه حصل مقرا بشراء هذه الجارية بألف فقضى إقراره اشتريتها لك؛ لأنه لا يصير مشتريًا له إلا إذا اشتراها بألف والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا.

ولو لم يقل شيئًا فالقول قوله ويأخذ الأمة وعقرها وقيمة ولدها؛ لأنه قد يبعث إلى الموكل جارية لحاجة أو ينظر إليها وقد يبعث إليه ما اشتراه، فإذا كان البعث مترددا لا يصير مقرا بالشراء له مقتضى البعث وهو وكيل بشراء شيء لا يعينه ولا يملك الشراء لنفسه بألف ويملك الشراء لنفسه بألفين فيكون القول قوله أنه اشتراها بألفين فظهر أن الموكل وطئ جارية الوكيل فيأخذها الوكيل وعقرها وقيمة الولد؛ لأنه حصل مغرورا؛ لأنه وطئها على تقدير أنها ملكه اعتمادًا على سبب تقييد الملك له ظاهرًا وهو توكيل الباعث بشراء الجارية له والمغرور إنما يرجع على الغار إذا ضمن الغار سلامة الأولاد وهنا الوكيل لم يضمن له سلامة الأولاد وإنما وجب منه مجرد الغرور فلهذا القدر لا يثبت حق الرجوع فيكون التضمين مفيدا.

وكّله بشراء جارية وسمَّى جنسها دون الثمن فاشترى أمة فأرسلها إليه فوطئها الآمر فخلّفت منه فقال الوكيل: اشتريتها لك فالقول له ويثبت نسب الولد من الآمر ولا يثبت الاستيلاد؛ لأن الوكيل بشراء جارية بغير عينها يملك الشراء لنفسه ويملك الشراء لموكله فيكون القول له في بيان من يقع الشراء فلا يستدل بإرسالها على الآمر أنه اشتراها له؛ لأنه قد يرسل إليه غير جاريته لحاجه ثم هذا وطئ بشبهة عقد فيثبت النسب ولا يثبت الاستيلاد؛ لأنه لا شبهة في الموطوءة في أنها ملك الغير قطعًا والاستيلاد صادف ملك الغير فلم يصح.

(باب الوكالة في الهبة)

(المبسوط): يجوز للواهب أن يوكل بالتسليم وللموهوب له بالقبض؛ لأن

الموكل وإن أمره بقبض ما لا يملكه والأمر بما لا يملكه لا يصح فهو أمر بما يملكه من حيث إنه أمر أن يجعل عبارته موجبة للملك بعدما لم تكن عبارته ملكه؛ ولأن هذا فعل تجري فيه النيابة فينوب الوكيل منابه في الفعل ويجبر وكيل الواهب لو امتنع ولم يرد به أن الوكيل يجبر على التسليم شاء أو أبى؛ لأنه متبرع في تسليم الهبة إلى الموهوب له والمتبرع لا يجبر على إتمام ما تبرع به كما في الموكل، ألا ترى أن الوكيل بالبيع والشراء والطلاق إذا أبى لا يجبر على ذلك فهذا أولى فإنما أراد بالجبر أن الوكيل لا يمنع الموهوب له من قبض الهبة؛ لأنه صار مأذونا في القبض من جهة الواهب مقتضى أمره الوكيل بالدفع إليه فلم يكن للوكيل أن يمنعه من قبضه، وإن كان للموكل منعه؛ لأن الموكل كان له إبطال الهبة فلا يكون له المنع من قبض الهبة؛ لأن فيه إبطال حق الموهوب له وليس للوكيل في الهبة أن يرجع في الهبة إلا إذا وكله بالرجوع؛ لأن الوكيل في الهبة رسول وسفير ومعبر؛ لأنه يحتاج إلى ذكر الموكل في مباشرة العقد فكان العاقد هو الموكل دون الوكيل وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وليس للواهب أن يرجع في الهبة وهي في يد وكيل الموهوب له؛ لأنه أمين في حق المقبوض والأمين ينصّب خصمًا فيما يستحق لصاحب الأمانة ولا ينصب خصما فيما يستحق عليه والرجوع في الهبة مما يستحق عليه فلا ينصب خصمًا فيه وهذا فوكّلا واحدا بتسليمه جاز؛ لأنه وكله بما يملكه الموكل بنفسه، فإن وكَّل كل واحد رجلا فدفع أحدهما إليه جاز؛ لأن المنفرد بالدفع إن صار ضامنا إلا أنه إن وصل الحق إلى يد من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك فيبرأ الدافع عن الضمان وإن صار مخالفًا، ألا ترى أن الموهوب له لو قبض بنفسه من غير تسليمها جاز وكان وكيل كل واحد منهما وكيلا بالتسليم. وكَّل الموهوب له رجلين بقبضه لم يجز لأحدهما قبضه؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض وللموكل فائدة في اجتماعهما على القبض، فإنه متى همّ أحدهما بالخيانة يمنعه الآخر من ذلك فيجب مراعاة شرطه. وكّل الموهوب له بأن يعوض ولم يسلم فدفع عوضه لم يجز؛ لأن الموكل به مجهول الجنس، فإنه لا يدري أي شيء عوضه من ماله، كما لو قال له اشتر لي شيئا، فإن قال عوضه من مالي ما شئت جاز؛ لأنه متى كان معوضا إلى

مشيئته فمتى عوضه بشيء من ماله ليس للموكل أن يقول ما عنيت هذا، وإذا انقطع منازعة التعويض إليه أمكنه الامتثال بما أمر به مع جهالة الجنس، كما لو قال اشتر لي ما شئت والتوكيل بالرجوع جائز؛ لأنه توكيل بالخصومة ويفسخ عقد بأسره ويقبض الهبة والتوكيل لهذه الأشياء جائز وللوكيل أن يخاصم متى أنكر الموهوب له الهبة؛ لأنه وكله بقبض ملك الغير له فيه حق التمليك فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة وهكذا قالوا الوكيل باسترداد المبيع في البيع الفاسد له حق الخصومة. وكّل رجلين بالرجوع في الهبة لا يرجع أحدهما؛ لأنه يحتاج فيه إلى القبض والأمانة وأمانة اثنين وقبضهما وحفظهما ليس كأمانة واحد. وكل الذمي مسلمًا بتسليم خمر وهبها يجوز؛ لأن المسلم لو توكل بهبة الخمر وتسليمها يصح فلأن يصح بمجرد التسليم أولى وذلك؛ لأن الوكيل في الهبة رسول؛ لأن ليس للهبة حقوق ولا عهدة، فإن من حق الرجوع في الهبة ولم يمكن لثباته للوكيل لما بينا. والمسلم يصلح أن يكون رسولا لذمي في الخمر؛ لأن العقد مضاف إلى المرسل لا إلى الرسول فيصير المرسل هو العاقد.

(باب الوكالة بالعتق)

(**المبسوط**): وكّله بعتق عبده على مال ليس له أخذ المال؛ لأن الوكيل بالعتق رسول؛ لأن الإعتاق إسقاط الرق والإسقاط لا يقبل النقل من شخص إلى شخص والوكيل في مثل هذا بمنزلة الرسول كالوكيل في الكتابة والخلع وليس للرسول قبض البدل. وكّله بعتق عبده فأعتق عن دين أو بشرط على مال، أو قال: إن شئت فأنت حر، لم يجز؛ لأنه وكّله بالتخيير وهو أبى بالتعليق، وهما مختلفان جنسًا؛ لأن العتق المعلق بالشرط ليس بعتق للحال ويصير عتقا عند وجود الشرط ولا يستند إلى وقت التعليق فلا يدخل التعليق يجب الأمر بالتخيير فلم يأت كما أمر به، وإن كان الثاني أنفع للآمر من المأمور به كما لو وكله ببيع بألف درهم فباعه بألف دينار لم يجز؛ لأنه أتى بجنس آخر لم يؤمر به فكذا هذا.

ولو قال: أعتقه اليوم فأعتقه غدا جاز؛ لأن الأمر بالعتق في اليوم يكون أمرًا بالعتق في الغد؛ لأن ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيف لما عرف.

ولو قال: أعتقه في الغد فأعتقه في اليوم لم يجز؛ لأنه أمره بالعتق في الغد فلا يكون مأمورا بالعتق في اليوم ويجوز عتقه بعد الغد؛ لأن الأمر في الغد يكون أمرًا بعد الغد لما بينا.

وكّله أن يعتقها أو يبيعها لا يتبع ولدها ولا يعتقه؛ لأن ذلك ليس بحق ثابت في الأم فيسري إلى ولدها.

أمره بعتق عبده فقال أعتقته أمس فهو على وكالته وتأويله أن الوكيل قال وكلتني قبل أمس وقد أعتقته أمس وجحد رب العبد وقال: وكلتك اليوم لا يصدق الوكيل؛ لأن وكالته قبل اليوم لم تثبت بجحود الموكل فلا يملك الإعتاق أمس فقد حكى عتقًا باطلا فلا يثبت به العتق، وإن كان يملك إنشاء العتق للحال كمن اشترى عبدا اليوم فقال أعتقته أمس لا يعتق.

وكّله أن يعتق عبده أمس فقبل وأبى أن يعتق لا يجبر؛ لأنه متبرع كالواهب لا يجبر على التسليم ولأنه ليس في التوكيل أكثر من الوعد فلم يقر حقا للعبد قال أعتقه على مال فأعتقه على درهم جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن العتق على مال في معنى البيع، ومن وكّل آخر ببيع عبده بمال أو بدراهم فباع بدرهم جاز عنده فكذا هذا.

وكّله أن يعتقه على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير يعتق على العبد قيمة نفسه؛ لأنه أمره أن يعتقه على جعل والجعل هو البدل الذي تعقد به العقود ويجعل عوضا للأشياء والخمر مما يجعل عوضا عن الأشياء وينعقد به العقد، ألا ترى أنه ينعقد البيع بتسمية الخنزير والخمر فكذا هذا ينعقد المعاوضة بتسمية الخمر والخنزير فوجب على العبد تسليم العوض بحكم المعاوضة وقد عجز عن تسليمه شرعا، فإن المسلم ممنوع عن توكيل الخمر ويملكها شرعا فيجب عليه قيمتها ولو أعتقه على حكمه أو على هذا العبد، فإذا هو حر جاز العتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن ما يحكم به أحدهما فهو مال فصار كأن الموكل أعتقه على حكمه جاز فكذا هذا.

قيل: فيما إذا أعتقه على هذا العبد، فإذا هو حر فعليه قيمة نفسه قولهما، وعند أبي يوسف يلزمه قيمة هذا الحر لو كان عبدا كما لو تزوج امرأة على هذا العبد، فإذا هو حر فعليه قيمة نفسه عندهما، وعند أبي يوسف يلزمه قيمة الحر لو كان عبدًا.

وقيل: هذا قولهم جميعا؛ لأن الإعتاق على مال مبادلة مال بمال حتى إذا استحق المسمى، فإنه يرجع بقيمة عبده لا بقيمة المسمى فصار ملحقًا بالبيع.

ولو قال: بعت منك هذا العبد بهذا العبد، فإذا هو حر وهلك المبيع عند المشتري، فإنه يرجع بقيمة عبده لا بقيمة المسمى بالإجماع فكذا هذا.

ولو أعتقه على شاة مذبوحة، فإذا هي ميتة لم يجز؛ لأن الميتة ليست بمال فلا ينعقد بها المعاوضة فيكون إعتاقا بغير جعل وإنه لم يدخل تحت الوكالة فلا يصح.

وكّل العبد رجلًا أن يشتري نفسه من مولاه فقال عبدك وكّلني أن أشتريه منك فاشتراه عتق والمال على العبد؛ لأنه أضاف الشراء إلى العبد ورضي المولى بذلك فيكون العقد مضافا إلى العبد ويكون رسولا لا وكيلا، فإن قال اشتريت منك عبدك بألف ولم يقل إنه اشتراه للعبد يقع الشراء للوكيل والمال عليه؛ لأن المولى لم يعلم أنه يشتري العبد لنفسه لا يصير راضيا به فلم يصر وكيلا فتعذر تنفيذ هذا الشراء على العبد فينفذ على الوكيل.

وذكر في (**الجامع**): أن الوكيل مطالب بالمال ويرجع به على العبد متى لم يبين ذلك للمولى؛ لأن خطاب الوكيل خطاب الشراء حقيقة فإنه يقول اشتريت منك عبدك بألف وحكما، فإنه يملك الرجوع بالبدل على الروايتين، وإذا كان خطاب الوكيل خطاب الشراء وقد أضافه إلى نفسه يجب أن تكون الحقوق عليه فيجعل الوكيل مشتريا لنفسه ثم بائعا من العبد في حق الحقوق كما إذا اشترى الأجنبي فأمكن إثبات العتق للعبد بهذا الطريق من غير أن يجعل الشراء مضافا إلى العبد بخلاف ما لو وكله المولى ببيع العبد من نفسه؛ لأن ذلك خطاب عتق معين واعتبارا، فإن العبد يعتق به وليس للوكيل أن يرجع عنه قبل قبول العبد كما لا يقدر المولى، فإذا صار إيجاب عتق كان قوله بعت نفسك منك بمنزلة قوله أعتقت على ألف فيكون رسولا لا وكيلا فلا تكون الحقوق عليه. وكّله أن يعتق نصف عبده فأعتق كله لم يجز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن العتق عنده يتجزَّأ فيكون هذا

توكيلا بعتق البعض وعندهما لا يتجزأ فيكون توكيلا بعتق الكل. وكّله أن يعتق على جعل فأعتقه على ألف جاز إن كان مثله يعتق على مثله استحسانًا وهذا القياس والاستحسان لا يجيء على قول محمد وإنما يجيء على قولهما فيما إذا وكله أن يعتقه على ألف ولم يبين أيهما دراهم أو دنانير لا يجوز قياسا ويجوز استحسانًا وهذا القياس، والاستحسان وجهه: أنه يعتق على بدل مجهول لما لم يبين أن الألف دراهم أو دنانير فيكون باطلا كما لو أعتقه الموكل على ألف ولم يبين، وجه الاستحسان: أن تسمية الألف تنصرف إلى الدراهم ولا يعتق على ألف دينار يستدل بحال العبد إلى الدراهم أنه أراد به ألف درهم والثابت بدلالة الحال ثابت نصًّا ولأن الدراهم أقل من الدنانير والألف في العقود لا يراد بها إلا الدراهم أو الدنانير والدراهم متيقنة؛ لأنها أقل والدنانير متوهمة فتنصرف إلى الدراهم مثل قيمته. قال: بعه أو كاتبه أو أعتقه فأي ذلك فعل الوكيل جاز؛ لأنه أمره بالتصرف في ملكه وخيره بين أنواع ثلاثة فيصح كما أمر الله تعالى الحالف بالتكفير متى حنث وخيره بين أنواع ثلاثة. الأصل أن كل ما يجوز تعليقه بالشروط ينعقد في المجهول؛ لأنه تعليق عمله في المعلوم بالبيان فيفيد انعقاد العقد في المجهول فائدته وكل ما لا يجوز تعليقه بالشروط لا ينعقد في المجهول؛ لأن العقد في المجهول لا يفيد فائدته. ثم المسائل على خمسة أنواع: في البيع والنكاح والخلع والطلاق والعتق والكتابة، أما البيع والنكاح وكّله بأن يبيع عبده هذا أو هذا أو وكّله أن يزوجه هذه أو هذه فباعهما معا بثمن واحد أو بثمنين مختلفين أو زوجهما معا لا يجوز في أحدهما؛ لأن المعقود عليه مجهول جهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والبيع والنكاح لا يجوز مع الجهالة، فأما الطلاق والعتاق وكّله بطلاق إحدى امرأتيه أو بعتق أحد عبديه فطلقهما أو أعتقهما معا على مال أو غير مال يجوز في إحدى الروايتين والخيار للموكل؛ لأنه لا يصح تعليقهما بالشروط فيصح تعليقهما بشرط البيان، وكذلك الخلع لو وكله بأن يخالع إحدى امرأتيه هذه أو هذه فخالعهما معا ببدل أو ببدلين وقبلتا يجوز الخلع في إحداهما ويجبر الزوج على البيان؛ لأنه ليس في تجويز الخلع على إحداهما إلا انقطاع الطلاق على إحداهما

وانقطاع الطلاق على إحداهما جائز؛ لأنه ليس فيه إلا تعليق الطلاق بالبيان، وأما الكتابة لو قال كاتب عبدي هذا أو هذا وكأنهما معا لم يجز أن يجعل النجوم واحدة، وإن لم يجعل يختار أيهما شاء طعن عيسى وقال: يجب أن لا يجوز؛ لأن الكتابة معاوضة كالبيع، ولهذا يحتمل الفسخ فلا يصح تعليقه بالخطر فلا يصح في المجهول كما في البيع والجواب عنه أن الكتابة تشبه البيع من وجه لوجود المعاوضة فيها وتشبه العتق من وجه؛ لأنها تفضي إلى العتق في الانتهاء؛ لأن الكتابة فك الحجر عن الإكساب للحال والعتق عند الأداء، ولهذا يثبت الحيوان دينا في ذمته لشبهه بالعتق فلشبهه بالبيع إذا كاتب أحدهما أو كاتبهما معا بنجم واحد لا يجوز؛ لأن حصة كل واحد منهما من البدل مجهولة والمكاتب مجهول فكان البدل والمبدل مجهولا والجهالة تمنع صحة المعاوضة والشبهة بالعتق يجوز في أحدهما متى كاتبهما على تخمين؛ لأن الجهالة تمكنت من المكاتب لا في البدل؛ لأن حصة كل واحد منهما من البدل معلومة والجهالة لا تمنع صحة العتق وهذا؛ لأنه متى كاتبهما بتخمين والجهالة طارئة غير مقارنة للعقد، فإنه كاتبهما وهما معلومان ثم خرج أحدهما عن الكتابة؛ لأنه كان مأمورا بكتابة أحدهما والجهالة الطارئة لا تفسد البيع، فإنه لو باعهما ثم استحق أحدهما أو هلك أحدهما قبل القبض بقي الباقي بحصته من الثمن.

[(باب الوكالة في الرهن)][1]

(المبسوط): أصله: أن حقوق العقد ترجع إلى من أضيف إليه العقد إن كان العقد مضافًا إلى الوكيل بالحقوق له، وإن كان مضافًا إلى الموكل تكون الحقوق له؛ لأن الحقوق تجب بالعقد فيكون للعاقد والعاقد من يكون العقد مضافًا إليه، **والثاني**: إن الرسالة بالاستقراض جائز والتوكيل بالاستقراض لا يجوز؛ لأن الرسالة موضوعة لنقل العبارة، فإن الرسول سفير ومعبر والعبارة ملك للمرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب العقد المضاف إلى الوكيل.

وإن كان أمرًا بالتصرف في ملك الغير باعتبار التملك، فإنه أمره بتملك مال الغير بالعوض فالأمر والقبض بالتصرف في ملك الغير لا يصح فتكون الرسالة أمرًا بالتصرف فيما هو حقه من وجه فصح. فأما التوكيل بالاستقراض أمر بالتصرف في ملك الغير من كل وجه؛ لأن العبارة ملك الوكيل، ولهذا كان حقوق العقد له والمال المستقرض ملك المقرض فيكون الأمر باعتبار العبارة والتملك لا في ملك الغير فلم يصح.

ثم المسائل لا تخلو إما أن أرسله بالاستقراض أو وكله وكل وجه لا يخلو إما أن أضاف المأمور العقد إلى الآمر أو إلى نفسه، فإن أرسله بالاستقراض، بأن قال الموكل له قل إن فلانا يستقرض منك عشرة دراهم وبرهن منك هذا الثوب، فإن أضاف الرسول القرض والرهن إلى الآمر فالقرض للآمر والمطالبة بالدين للمقرض على المرسل؛ لأن المأمور لما أخرج الكلام مخرج الرسالة وأضاف العقد إلى المرسل فقد وافق أمر المرسل فتعذر ذلك عليه فكان حقوق العقد راجعا إلى المرسل؛ لأنه هو العاقد متى أضيف العقد إليه وصار المرسل مستقرضا وراهنا بلسانه وقابضا بيده، فإن أضاف العقد إلى نفسه بأن قال لفلان أقرضني عشرة دراهم وارهن مني هذا الثوب به يكون مستقرضا لنفسه ولا يكون رهنًا؛ لأنه خالف أمر المرسل؛ لأنه أمره بإضافة العقد إليه لما جعله رسولا، فإذا أضاف إلى نفسه صار مخالفا آمره فيصير مستقرضا لنفسه وضامنا ثوبه؛ لأنه رهن ثوبه بدينه بغير إذنه وللمرسل أن يضمن أيهما شاء، لو هلك الثوب في يد المقرض لأنهما غاصبان في حقه.

وأما إذا وكله بالاستقراض، فإن أضاف القرض والرهن إلى الآمر فالقرض للآمر ويجوز رهنه على الآمر؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح والرسالة بالاستقراض جائز فجعل التوكيل بالاستقراض عبارة عن الرسالة بالاستقراض تصحيحا للعقد؛ لأن في التوكيل ما في الرسالة وزيادة، وإن أضاف العقد إلى نفسه بأن قال لغيره أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني فالعشرة للوكيل؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح والرسالة بالاستقراض متعذر؛ لأنه صار مخالفا أمر

الآمر بإضافة العقد إلى نفسه فصار مستقرضا لنفسه ولا يصير ضامنا للرهن؛ لأن دفع الرهن كان بأمر الآمر، فإنه أمره بأن يستقرض له بعبارته ويرهن ثوبه به وكان الدفع بإذنه باعتبار ما حسب الوكيل وصار الموكل معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدينه فيصح رهنه.

ولو أمره بأن يقرض ماله غيره وأخذ رهنًا ليس للآمر أن يقبض الرهن؛ لأن حبس الرهن من حقوق العقد وحقوقه يكون للعاقد والعاقد هو الوكيل؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه.

وإن أمره أن يستقرض كذا برهن فزاد أو نقص فجاء الوكيل بمثل ما قال وأعطاه فهو دين للوكيل عليه ولا يكون الثوب رهنًا به، فإنه خالف إلى شر؛ لأنه إن زاد على ما سمى فهذا خلاف إلى شر؛ لأنه إذا كثر الدين يتعسر عليه الفكاك وإن نقص فقد خالف إلى شر ولأن ماله يصير محبوسًا عليه بدين قليل يصل إليه وفيه ضرر عليه فلا يكون راضيا عليه، فإذا لم يصح الرهن لا يصح الاستقراض أيضًا؛ لأنه مخالف فيهما فصار مستقرضا لنفسه، فإذا دفع إلى الموكل صار مقرضا ماله من الآمر وهل يضمن الثوب إن زاد يضمن؛ لأن الموكل بالاستقراض صار معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدين مسمى؛ لأنه لما وكله بالاستقراض بالرهن مع علمه أنه يصير مستقرضا لنفسه لا للموكل ومع هذا أمره بالرهن صار معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدين عليه مسمى، فإذا زاد على المسمى صار مخالفا إلى شر.

وإن نقص إن كان الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر لا يضمن؛ لأنه خلاف إلى خير، وإن كان أقل من قيمة الرهن يضمن؛ لأنه خالف إلى شر كما لو استعار ثوبا ليرهنه بدين مسمى فزاد أو نقص رهن الوكيل عند من لا يقبل شهادته له جاز؛ لأن الاستقراض من هؤلاء توجب دينا عليه؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح فيكون في الاستقراض منصرفا لنفسه فالتهمة منتفية في حق تصرفه لنفسه مع هؤلاء كما لو باع ماله من هؤلاء واشترى منهم لنفسه وكذلك إن كان رسولا؛ لأن الرسول في البيع بثمن مسمى لو باع من هؤلاء يجوز فكذا إذا كان رسولا في الرهن؛ لأن تهمة

المحاباة في الرسول منتفية إذا كان الثمن مسمى وتهمة الإقرار كاذبا باستيفاء الثمن أيضًا متيقنة؛ لأن الرسول لا يملك الإقرار بالاستيفاء.

ولو رهن من ابن له صغير لا يجوز؛ لأنه هو العاقد من الجانبين والواحد لا يصلح أن يكون عاقدا من الجانبين لما بينا.

الوكيل صبي محجور عليه فقال إن فلانا يقول أقرضني جاز؛ لأنه أخرج الكلام مخرج الرسالة ورسالته في البيع جائزة فكذا في الاستقراض؛ لأنه لا عهدة على الرسول.

وإن قال: أقرضني أنا وامسك هذا رهنًا لم يجز؛ لأن استقراض الصبي لا يصح؛ لأنه لا يوجب دينا عليه؛ لأن الصبي لا يؤاخذ بضمان الأقوال وإذا لم يجب الدين لم يصح الرهن. وكل برهن عبده ثم رهنه الموكل بنفسه ثم افتكه لا يرهنه الوكيل؛ لأنه فعل ما أمره به منعزل الوكيل ضرورة؛ لأنه لا يقدر على رهنه فعد رهن الموكل.

ولو وكل آخر بالرهن والأول قد رهنه فافتك الأول كان للثاني أن يرهن؛ لأنه لما وكله برهنه بعدما رهن الأول فقد وكله بالرهن بعد الفكاك دلالة؛ لأنه لا يصح رهن الثاني إلا بعد الفكاك فانصرف الأمر إليه بخلاف ما إذا لم يكن الأول قد رهن فوكل آخر ثم بعثه الأول؛ لأن الأمر للثاني بالرهن صحيح للحال فصارا وكيلين بالرهن في الحال فأيهما رهن جاز كما لو وكل رجلا ببيع عبده ثم وكل آخر قبل أن يبيع الأول فكذا هذا. وكله أن يرهن فرهنه وكتب شراء والوكيل والمشتري مقران أنه رهن وكتب الشراء فهو رهن استحسانًا فلا يكون رهنًا قياسًا وهو ضامن؛ لأنه أمره بالرهن فهو باع فصار مخالفًا، فإذا سلم صار هو والقابض ضامنا فقد أقرا على أنفسهما بالضمان. وجه الاستحسان: أنهما تصادقا أنه رهن، فإن الشراء كان سمعة ورياء والعقد حقهما لا يعدوهما فيكون القول قولهما في كيفية ما عقدا وصار الثابت بقولهما كالثابت معاينة انتفع المرتهن بإذن الوكيل فهو ضامن؛ لأنه لم يصح الإذن من الوكيل؛ لأنه لم يؤمر بذلك.

(فصل)

ولو قال: بع هذا برهن فباع برهن ثم رده فهو ضامن وردَّه جائز والبيع ماض؛ لأن بردّ الرهن لم يتبين أن بيعه كان بغير رهن؛ لأن الرد فسخ لعقد الرهن والفسخ يقبض على حال وجوده بل كان البيع موقوفا به كما أمره الموكل والرد بفسخ عقد باشره بنفسه ولم يبطل على الموكل حقه وإنما أبطل حق الحبس لا غير والحبس حقه؛ لأنه من حقوق العقد وحقوق العقد للعاقد حتى لو أراد الوكيل أن يأخذه منه ويحبسه ليس له ذلك فصح الفسخ والرد كالوكيل بالإجارة إذا فسخ الإجارة قبل مضي المدة صح إلا أن بالرد كما يبطل حق الوكيل في الحبس يبطل حق الموكل في الاستيثاق لدينه، ولو أبطل حقه في الاستيثاق بإتلاف الرهن يضمن فكذا إذا أتلف حقه في الاستيثاق بالرد لم يذكر كيف يضمن قالوا ينظر إن كان الدين حالا يضمن بالغة ما بلغت ويكون رهنًا عنده كما لو أتلف الرهن. أمر رجلين أن يرهنا ويسلطا على بيعه فرهناه وأذن أحدهما للمرتهن في البيع لا يصير المرتهن مسلطا على البيع؛ لأنه ليس لأحد الوكيلين التفرد بالبيع فلا ينفرد أحدهما بالتسليط على البيع، فإن قالا: إن فلانا يستقرضك ودفعا إليه الرهن فقال أحدهما: أمرنا المرسل أن يجعلك مسلطا على بيعه والآخر ساكت يصير مسلطا؛ لأن لأحد الرسولين التفرد بالبيع فيتفرد بالسليط على البيع؛ لأن الرسالة أمر بنقل العبارة وليس بتفويض للتصرف إلى الرسول، فإذا أرسل اثنين فقد سلط أحدهما على النقل واجتماعهما على النقل شرط لا يفيد فلا يعتبر؛ لأن تبليغ أحدهما كتبليغهما إذا كان الآخر ساكتا على هذا عادات الناس بخلاف الوكالة؛ لأنها تسليط بتفويض التصرف إلى الوكيل، فإذا وكل اثنين فقد رضي برأيهما لا برأي أحدهما فلا يملك أحدهما أن ينفرد إذا كان تصرفًا يحتاج فيه إلى الرأي فكان اجتماعهما على الرأي شرطا مقيدا فيجب مراعاته، فإن استقرضاهما، وقال أحدهما: هذه المقالة والآخر ساكت لم يجز للمرتهن أن يبيعه؛ لأن العقد وقع لهما.

(باب الوكالة بقبض الوديعة والدفع إلى فلان)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في قبض الوديعة.

والثاني: في دفعها.

(فصل)

وكّل بقبض الوديعة فقبض بعضها جاز، إلا إذا قال: لا يقبض إلا جميعه فقبض بعضه ضمن؛ لأن قبض الشيء قد يكون بقبض أبعاضه جملة وقد يكون بقبض أبعاضه متفرقة على هذا عادات الناس جمة إلا أن قبض الجملة أنفع من قبض البعض فيكون ذكر الجملة لبيان الأول لا لنفي الوكالة والأمر بقبض البعض إلا إذا قضى الوكالة حال قبض البعض والنفي مقيد؛ لأن قبض الجملة أنفع من قبض البعض فلا بد من اعتبار النفي فلم تثبت الوكالة بقبض البعض، فإن قبض الباقي قبل أن يهلك الأول سقط الضمان؛ لأن قبض النصف كان موقوفا على قبض الباقي، فإذا قبض الباقي صار قابضا للكل؛ لأنه صار ممتثلا للآمر فصح القبض في النصف الأول؛ لأن المخير للتصرف الموقوف والمحل قائم نفذ فيبرأ عن الضمان. وكّله بقبض مكيل أو موزون وديعة فاستهلكه رجل وقبض المستودع مثله يأخذه الوكيل استحسانًا، وجه الاستحسان: أن المثل في المثليات قائم مقام العينيات معنى واعتبارا؛ لأنه يقوم مقامها ويسد مسدها منفعة وارتفاقا فصار كأن الأصل قائم معنى واعتبارا بخلاف القيمة؛ لأنها غير العبد بحقيقة واعتبارا؛ لأنها دراهم أو دنانير فإنها غير العبد حقيقة واعتبارا منفعة، فإن نطقا ولا يكون الأمر بقبض العبد أمرًا بقبض القيمة وبخلاف الوكيل ببيع مكيل أو موزون بعينها فاستهلكه إنسان وغرم مثلها لا يكون للوكيل بيع مثلها؛ لأن المثل عينها معنى لكن غيرها صورة والوكالة بالبيع تعلقت بعين ما وكل به حقيقة. وكله بقبض وديعة فقبضها الموكل ثم أودعها ثانيًا لا يملك الوكيل قبضها علم أم لا؛ لأن الموكل أبى تعين ما وكل به فانعزل الوكيل عن الوكالة وبالإيداع ثانيا لا يرتفع القبض الأول من الموكل بل يتقرر فلا يعود

وكيلا إذ بسبب العزل لم يرتفع كالوكيل بالبيع إذا باع الموكل الموكل به ثم اشتراه ثانيا أو ورث لا يعود وكيلا، ولو قال اقبض وديعتي اليوم يملك قبضها اليوم وغدا استحسانًا والقياس أن لا يملك قبضها غدا وهو قول زفر؛ لأنه وكله بقبضها اليوم دون الغد والوكالة مما يتوقت ولا يصير وكيلا في الغد، كما لو قال وكلتك غدا لم يصر وكيلا اليوم. وجه الاستحسان: أن ذكر اليوم في العرف والعادة لتعجيل القبض لا لتوقيت الوكالة به، ألا ترى أن من دفع ثوبا إلى خياط وقال له خطه اليوم بدرهم فخاطه غدا استحق الأجر وكان ذكر اليوم لتعجيل العمل لا لتوقيت الإجارة باليوم؛ لأن اليوم مثل الساعة في العرف والعادة، ولو ذكر الساعة كان ذكرها للتعجيل فكذا هذا، ولو قال اقبضها بمحضر فلان فقبض بغير محضره جاز؛ لأنه شرط لا يفيد فلا تجب مراعاته. وكّله بقبض دابة عارية فركبها الوكيل ضمن؛ لأنه خالف في الركوب؛ لأن القبض يتحقق بدون الركوب. وتجوز الإجارة بقبض الوديعة؛ لأنه معلوم العمل ولا تجوز الإجارة للخصومة والتقاضي؛ لأن العمل مجهول؛ لأنه لا يدري كم يحتاج إلى التقاضي والخصومة ليمكنه قبض الدين إلا أن تبين المدة يوما أو ثلاثة أيام فيجوز؛ لأنها وقعت على تسليم نفسه في المدة وأنه معلوم. وكّل رجلين بقبض وديعة فقبضاها واستودع أحدهما الآخر جاز؛ لأن اجتماعهما على الحفظ إما الليل أو النهار في مكان واحد متعذر وقسمة العين للحفظ كل واحد منهما نصفه متعذر؛ لأنه مما لا ينقسم فصار المالك راضيا بحفظ كل واحد منهما على الانفراد دلالة بخلاف ما يحتمل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله إذا أودع أحدهما صاحبه يضمن الدافع؛ لأن القسمة مما تفيد زيادة حفظ في حق المالك؛ لأن الذي يريد الخيانة لا يمكنه الخيانة في الكل وإنما يمكنه الخيانة فيما جعل في يده بالقسمة حتى لا يحفظان على التهاني؛ لأن التهاني في حق المالك لا تفيد؛ لأن الذي يريد الخيانة يمكنه الخيانة في الكل في نوبته والقسمة من حيث التهاني لا تفيد زيادة حفظ على المالك فلا يجب مراعاته. وكّل بقبض عبده من المودع فقتل العبد خطأ للمودع أخذ قيمته دون الوكيل، وكذلك لو جنى عليه وأخذ أرشها له أخذ العبد لا الأرش وكذلك مهرها وأجرتها بخلاف البيع فإنه لا يبطل متى قتل

عبد البيع خطأ والوكالة تبطل والفرق أن المقصود من البيع من المشتري تحصيل صورة العبد وماليته وبالقتل إن فاتت الصورة بقيت المالية لقيام البدل وهو القيمة ففوات الصورة إن أوجب انتقاص البيع فبقاء المالية لا يوجب فلا ينتقض بالشك وأما المقصود من قبض العبد وصوله إلى يد الموكل ويفوت هذا المقصود بفوات العبد وإن أخلف بدلا وهي القيمة؛ لأن الوكيل قد يخون في القيمة لكثرة ولوع الناس ورغبتهم إلى الدراهم والدنانير دون غيرها من الأموال فربما يخون في القيمة ولا يخون في العبد لقلة رغبته فيه ومتى جاز لا يحصل للموكّل ما هو المقصود له من التوكيل بالقبض فتعلقت الوكالة بعين العبد لا ببدله وهي القيمة فتبطل بفوات العبد، ولو قبض الوكيل ثم قتل في يده له أن يأخذ القيمة؛ لأن الوكيل بعد القبض صار مأمورا لحفظ العبد فصار كالمودع فيه وللمودع أخذ قيمة العبد متى قتل في يده فكذا هذا. وكله بقبض حيوان فولدت قبل القبض فللوكيل قبضهما.

ولو كانت ولدت قبل الوكالة لا يملك قبض الولد؛ لأن الولد حين كان متصلا بالأم فهو جزء من أجزاء الأم والقبض يرد على الكل فيدخل تحت الوكالة فيثبت له حق قبض الولد تبعا للأم، فإذا انفصل عن الأم لا يبقى ذلك الحق، وإذا ولدت قبل الوكالة فبالانفصال صار أصلا ولا يبقى تبعا للأم فلا يدخل الولد تحت الوكالة تبعا بخلاف الوكيل ببيع الأم لا يبيع الولد المولود بعد الوكالة؛ لأنه ما ثبت له حق بيع الولد حين كان متصلا بالأم، فإن البيع لا يرد على الولد؛ لأن البيع لا يرد على الأطراف، ولهذا لا يضمن الأطراف بالبيع، فأما القبض فيرد على الكل حتى يضمن الكل بالقبض ولا يثبت له حق بيع الولد بعد الانفصال فصار كمن أوصى بأن تباع جاريته من فلان بكذا فولدت بعد موته، فإنه تباع الجارية ولا يباع الولد فكذا هذا. والثمرة بمنزلة الولد متصلا ومنفصلا بأن صرمت الثمرة بعد الوكالة لا يقبض الثمرة؛ لأنها لم تدخل تحت الوكالة كما في الولد.

(فصل)

وكّله بدفع عبده إلى فلان فأتاه فقال: إن فلانا استودعك هذا فقبل ثم رده على

الوكيل ثم هلك عنده فلرب العبد أن يضمن أيهما شاء؛ لأنه رسول وليس بوكيل فلا يكون له حق القبض ولا للمودع حق الدفع إليه فيضمن هذا بالدفع وذلك بالقبض قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن الرسول؛ لأن الرسول مودع المودع ومودع المودع يضمن عندهما، وعنده يضمن الأول دون الثاني.

وقيل: هذا قولهم جميعًا إلا أن موضع المسألة أن المودع دفع الوديعة بطلب الوكيل فإنما يدفع على تقدير أن له حق القبض بأن أمره المالك بالقبض؛ لأنه لو لم يكن له حق القبض ما طلب منه فيحمل طلبه على أنه يحق فلا يكون القابض مودع المودع بل يكون نائب المالك في زعم المودع، فإذا ظهر أنه لم يكن له حق كان كل واحد منهما متعديا بالإجماع.

ولو قال الوكيل: إن فلانا أمرك أن تستخدمه وتدفعه إلى فلان ففعل وهلك لم يضمن الوكيل؛ لأنه لم يوجد من الوكيل إلا مجرد الغرور بالقول كذبا ومجرد الغرور من غير أخذ البدل لا يوجب ضمانًا على الغار لما عرف والمستخدم يضمن؛ لأنه استخدم عبد غيره بغير إذنه.

(باب الوكيل بالاقتضاء والاستيفاء والتقاضي)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في التوكيل.

والثاني: فيمن يملك الخصومة ومن لا يملكها.

والثالث: فيمن يضمن ومن لا يضمن.

والرابع: في تصرفه في المقبوض.

والخامس: فيماذا يصدق وماذا لا يصدق.

(فصل)

التوكيل بقبض الدين والعين صحيح؛ لأنه يملك الاستيفاء بنفسه فيملك التفويض إلى غيره وإذا قبض الوكيل برئ المدين؛ لأن قبضه بمنزلة قبض الموكل.

وكّله بقبض دينه فلم يقبل ثم قبضه لم يبرأ الغريم؛ لأن الوكالة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول، وإذا رد بطل كسائر العقود.

رب الدين وكّله بقبضه بمحضر من المطلوب، فإن المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه خبر العزل؛ لأنه كما أمر الوكيل بالقبض فقد أمر المطلوب بالدفع متى حصل التوكيل بمحضر المطلوب فمتى صح العزل في حقه قبل العلم به يصير مغرورا من جهة الموكل ولحقه ضرر في ذلك؛ لأنه إنما يدفع الدين إلى الوكيل معتمدا على أنه وكيل بالقبض وأنه قد برئ من الدين ومتى صح العزل بغير علمه لا يبرأ وكان للطالب أن يضمنه فيتضرر به فلم يصح العزل قبل علمه نفيا للغرر والضرر عنه كما لا يصح عزل الوكيل بالقبض قبل علمه بخلاف ما لو حصل التوكيل بغير محضر منه، فإنه يصح عزله قبل علم المطلوب؛ لأنه لم يعلم بالأمر بالقبض فلم يدفع بناء على الأمر بل له أن لا يدفع ويكذبه فيما يدعي من الوكالة فلو لحقه ضرر فإنما يلحقه من جهته.

ولو قال: إذا حل مالي فيقاضيه أو إذا قدم فلان فيقاضيه أو إذا أديته شيئًا فأنت وكيلي في قبضه أو إذا قدم الحاج فاقبض ديوني صحت الوكالة خلافا للشافعي؛ لأن الوكالة استنابة فتصح مطلقًا ومعلقا كالإجارة وهذا؛ لأن كل تصرف صح الملك مطلقًا يجب أن يصح منه معلقا؛ لأنه في الحالين متصرف في خالص ملكه وتصرف الإنسان في ملكه صحيح لوجود المطلق وهو الملك والحجر عارضا لا تصرفا يتمكن فيه الغرر والحظر كالبيع لا تجوز إضافته إلى المستقبل نفيا للغرر والحظر بالنص.

ولو قال: أنت وكيلي في قبض كل دين لي ولا دين له يومئذ ثم حدث بملك قبضه استحسانًا، وجه القياس: أنه وكله بقبض دين يضاف إليه والدين الذي يضاف إلى الموكل وقت الوكالة القائم لا الحادث، فإن ما سيحدث غير مضاف إليه وقت الوكالة فلا يصير وكيلا به، كما لو قال وكلتك بقبض ديني على فلان يصير وكيلا بقبض القائم لا الحادث.

وجه الاستحسان: أن العرف بين الناس أن من وكل غيره بقبض ديونه على

التعميم والشمول يريد بذلك القائم والحادث جميعا كما لو وكل بقبض فلانة ورفع أبرأ له يصير وكيلا بالقائم والحادث جميعا للعرف والثابت عرفا كالثابت نصًا فتركنا القياس فيه للعرف والتعامل كما في الاستصناع بخلاف ما لو قال وكلتك بقبض ديني على فلان؛ لأنه خص دينا واحدا واجبا فيتناول القائم دون الحادث والواحد لا يكون وكيلا في القضاء والاقتضاء؛ لأن قضاء الدين تمليك وتملك، فإن المديون يملك ما في ذمته بما يعطي من المال فكان كالبيع والواحد لا يصلح مملكا ومتملكا ومطالبا ومسلما ومتسلما.

والوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض خلافا لزفر وكذا الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا له؛ لأن التقاضي تفاعل من الاقتضاء والاقتضاء عبارة عن القبض فكان الوكيل بالتقاضي توكيلا بالاقتضاء نصًا ولأن الوكيل بالتقاضي مأمور بقطع مماطلة المطلوب وإنما يحصل هذا القطع بالقبض؛ لأنه ما دام الدَّين غير مقبوض فالمماطلة على حالها فصار التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض وكذا الوكيل بالخصومة مأمور بإثبات الحق وقطع الخصومة وإنما يتم قطع الخصومة كالقبض؛ لأنه ما دام الحق غير مقبوض يتوهم جحوده مرة أخرى فيحتاج إلى الخصومة مرة أخرى فإنما تنقطع الخصومة بالكلية بالقبض لا لمجرد إثبات الحق من غير قبض ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل.

وقال مشايخنا: ليس للوكيل بالتقاضي القبض؛ لأن العادة جرت بخلاف ذلك في بلادنا؛ لأن الناس في زماننا إنما يوكلون بالتقاضي من لا يأتمنونه على القبض فإنهم يوكلون بالتقاضي من هو أصفق وجها وأكبر كدما وأشد شغبا وعنفا ومثل هذا لا يؤتمن على المال فصار اسم التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا؛ لأنه سبب الاقتضاء فصارت الحقيقة مهجورة ونقل تملك الخصومة اختلف المشايخ فيه قيل لا يملك الخصومة؛ لأن الوكيل بالتقاضي يصير وكيلا بالقبض ضمنا واقتضاء لا نصًا وإفصاحًا والمقتضى لا عموم له ومتى جعلنا وكيلا بالخصومة أيضًا فقد جعلنا للمقتضى عمومًا وهذا لا يجوز وقيل يجب أن تملك الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصوب والأشبه، فإن محمدا رحمه الله ذكر عقيب هذه

المسألة في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة؛ لأن التوكيل بالقبض ثابت نصًّا لا اقتضاء لما بينا فصار وكيلا بالخصومة، كما لو قال وكلتك بالتقاضي والقبض؛ لأن التقاضي والاقتضاء في اللغة سواء.

ولو قال: تقاضى ديني على فلان لا يملك الخصومة وله القبض؛ لأنه مأمور بالتقاضي والمأمور بالقبض لا يملك الخصومة بالإجماع لما تبين فالمأمور بالتقاضي أولى، وكذلك الرسول.

وكّل ذمي مسلمًا بتقاضي خمر له على ذمي دينا أو وديعة يقبض يبرأ المطلوب ويكره ذلك للمسلم؛ لأن قبض الخمر الدين يملك باعتبار الحقيقة لا المقبوض غير الدين حقيقة ولكنه استيفاء لعين الحق حكما واعتبارا حتى كان له الأخذ من غير قضاء ورضا ولو كان يملك الخمر من كل وجه لم يصح التوكيل به.

ولو كان قبضًا لعين الحق صح التوكيل ولم يكره، وإذا كان تملكا من وجه استيفاء من وجه جاز ويكره والوكيل بملازمة غيره بمال له عليه لا يكون وكيلا بالقبض؛ لأن الملازمة مفاعلة من اللزوم وليس في اللزوم لغة ما ينبى عن القبض وإنما ينبى عن حفظ الغريم بالكون معه فلم يدخل القبض تحت الأمر بالملازمة.

ولو أنكر المطلوب كونه وكيلا في القبض ودفع ثم أراد أن يسترد ليس له ذلك؛ لأنه دفعه على وجه القضاء والاقتضاء وتعلق به حق الغير ولم يبين أنه لم يقع القضاء ولا يكون للقاضي نقض ذلك كما لو دفع إلى المطالب، ثم قال لم يكن ذلك على دين لم يكن له أن ينقض قضاؤه فكذا هذا.

ولو صدقه أنه وكيل ليس له أن يمتنع من الدفع وإن أقر أنه وكله بقبض العين لم يجبر على تسلمها؛ لأن في الدين إقراره يلاقي ماله؛ لأن الدين يقضي من ماله وإقرار الإنسان في ماله صحيح وفي العين الإقرار يلاقي ملك الغير وهو الموكل والإقرار في ملك الغير لا يصح إلا بتصديق صاحبه.

(فصل)

الوكيل بقبض العين كالوديعة ليس بوكيل في الخصومة والوكيل بالخصومة

وكيل بالقبض؛ لأن التوكيل بالخصومة يكون منتظما للتوكيل بالقبض مقصودا؛ لأن المقصود من الخصومة هو وصول المال إليه بواسطة الإثبات ولا يصل إليه إلا بالقبض فأما التوكيل بقبض ملكه ونقل ماله لا يكون منتظما للتوكيل بالخصومة مقصودا؛ لأنه يمكنه قبض المأمور بقبضه ونقله من غير خصومة، والوكيل في حق الحقوق والدين وكيل في الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة الوكيل بالبيع خلافا لهما حتى لو جحد الغريم الدين فأقام الوكيل عليه البينة أو أقام الغريم البينة على الإيفاء إلى الطالب قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل والوكيل يطلب الشفعة وبالقسمة وبالرد بالعيب وكيل بالخصومة بالإجماع والمأمور بقبض الدين والرسول به لا يملك الخصومة وله القبض.

لهما: أن التوكيل بالدين توكيل بقبض ملكه وحقه حكما؛ لأن المقبوض في الدين عين حقه حكما لا بدل حقه حتى لو ظفر بحبس حقه فله أجره من غير قضاء ولا رضاء، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التمليك والتمليك فيه ساقط، ألا ترى أن الذمي إذا وكل مسلما بقبض خمر على ذمي صح.

ولو كان المقبوض بدل حقه لا عين حقه وجب أن لا يصح كما لو وكله بشراء الخمر والوكيل بقبض ملكه لا يملك الخصومة له: أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالتمليك والتملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها؛ لأن العين ملك المطلوب حقيقة؛ لأن تصرفات المديون فيما في يده نافذ وبالقبض يتملك العين بدلا عن الدين فيصير للقبض حكم المبادلة من وجه وقبض لغير حقه من وجه حتى يصح أخذه من غير تراض ويصح توكيل الذمي المسلم بقبض دين باعتبار أنه قبض لعين حقه حكما وباعتبار أنه مبادلة حقيقة يكون خصما في حق الملك فتقبل بينته عليه كالوكيل بالشراء ويطلب الشفعة بخلاف الوكيل بقبض العين؛ لأنه ليس بوكيل بالمبادلة فصار أمينا محضًا فصار رسولا فلا تقبل عليه البينة بخلاف المأمور والرسول؛ لأن الأمر في اللغة لامتثال ما أمره لا غير كما في أوامر الله تعالى اقتضاء الامتثال كما أمر به والرسالة لنقل العبارة عن المرسل وإبلاغ عبارته وليس فيها ما

ينبى عن التفويض وإقامة المأمور مقام نفسه وقد أمر بالقبض لا غير فلا يملك سوى القبض وفي الوكالة فيه ما في الأمر والرسالة وزيادة وهو تفويض الأمر إلى الوكيل فيما وكل به وإقامته مقام نفسه يقال: وكلت أمري إلى فلان أي فوضت والتوكيل في أمره جعل ذلك الأمر مفوضا إليه فملكه بتوابعه وبتمامه. وكّل بقبض عبد أو نقل امرأته فأقام العبد البينة على العتق أو المرأة على الطلاق الثلاث لا يقضي بالعتق والطلاق ويوقف، فإن قال بينتي حاضرة أحبسه ثلاثة ولا يدفع إليه؛ لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة ولكنه وكيل في نفس القبض فصار خصما في إبطال حق القبض فتقبل البينة في حق إبطال ولاية القبض والنقل وقصر يد الوكيل عنه وكله بكل قليل وكثير هو له لم يكن وكيلا إلا في الحفظ وقال ابن أبي ليلى يجوز بيعه.

والصحيح قولنا؛ لأن الحفظ متيقن، فإنه من تصرف إرادة الموكل سوى الحفظ إلا والحفظ داخل فيه فكان الحفظ متيقنا وما زاد على ذلك فمشكوك فيه فيثبت المتيقن ولا يثبت المشكوك ولا يصير وكيلا بالتقاضي وقبض الدين؛ لأنه صار وكيلا بحفظ الأعيان فلو جعلنا وكيلا بحفظ الدين وجعلناه وكيلا بالقبض لا حفظ الدين لا يتصور إلا بعد القبض؛ لأنه مال واجب في الذمة وإنما يتصور حفظ مثله بعد القبض ومثل الشيء غيره فكأن إطلاق اسم الدين على المقبوض مجاز والحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت كلمة واحدة، فإذا صارت الحقيقة مراده لا ينفي المجاز مرادا. وكّله بقبض الدين وغاب الطالب وقامت البينة على الخصم بالدين فقال المطلوب أريد يمين الطالب ما استوفاه مني يلزمه الأداء إلى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى تسليم الشفعة على الموكل يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يحلف الشفيع متى حضر وكذلك وكيل المستحق يقبض المستحق من المشتري إذا ادعى المشتري الإجارة على المستحق يؤمر بتسليمه إلى الوكيل ثم يحلف المشتري المستحق متى حضر بخلاف الوكيل يرد العيب على البائع فادعى البائع رضى المشتري، فإنه لا يمكنه رده حتى يحضر المشتري فيحلف بالله ما رضي، والفرق أن في هذه المسألة القضاء بالرد للحال يبطل حق البائع في

اليمين في المال؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا فمتى حضر المشتري وثبت الرضاء لا يثبت القضاء بالفسخ ولا يمكن استدراكه متى ظهر الخطأ في القضاء فوجب توقيفه لكي لا يؤدي إلى إبطال حق البائع في اليمين؛ لأن القاضي نصب لاستيفاء الحقوق لا لإبطالها وفي الفصول الثلاث لو أمر بالتسليم للحال لا يؤدي إلى إبطال حق صاحب اليمين في اليمين؛ لأنه متى حضر أمكنه الاستحلاف؛ لأنه متى نكل وثبت ما ادعاه المشتري انتقض القضاء؛ لأن القضاء لمجرد الأمر بالتسليم ليس بإنشاء عقد ولا فسخه بل بمنزلة القضاء بالأملاك المرسلة فينفذ ظاهرًا لا باطنًا قالوا وهذا قولهما في الرد بالعيب.

فأما عند محمد لا يؤخر القضاء بالرد؛ لأن القضاء بالعقود والفسوخ لا ينفذ باطنًا عنده فيكون الجواب في الفصول كلها واحدا عنده، فإن عاد الطالب وأقام المطلوب البينة، فإن شاء أخذه من الوكيل إن كان قائمًا، وإن شاء ضمن الموكل؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة فظهر بالبينة أن الوكيل أخذه بغير حق فصار ضامنا؛ لأنه أخذه على جهة الاقتضاء فصار كالأخذ على حقيقة الاقتضاء والوكيل قبض ما ليس له قبضه وإن نكل الطالب يلزمه دون الوكيل؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار.

ولو أقر الطالب أن الوكيل أخذ ما أخذ بغير حق صح إقراره في حقه لا في حق الوكيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر أخذ الطالب كفيلا بالدين لم يكن للوكيل مطالبة الكفيل بخلاف ما إذا أخذ الطالب به كفيلا قبل الوكالة ثم وكله بقبض الدين من الأصل كان له القبض من الكفيل والفرق أن الكفالة متى كانت سابقة على الوكالة فقد أمر الوكيل بالوكالة واستيفاء الدين من الأصل والكفيل جميعا؛ لأنه فوض إليه استيفاء هذا الدين والدين تعلق بهما، وإن كانت الكفالة لاحقة عن الوكيل فحين أمره بقبض الدين لم يكن للدين تعلقا بالكفيل فقد أمره بتملك مال المطلوب وتمليك الدين منه لا بتمليك مال الكفيل وتمليك الدين منه.

(فصل)

ولو دفع الوكيل المال إلى الطالب أو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه

ثم دفع وكيل المطلوب وهو لا يعلم لم يضمن، فإن علم ضمن فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى بعد أداء الموكل ضمن علم أو لم يعلم والفرق مر في كتاب الزكاة.

ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ودفع الوكيل المال بعد لحوقه بدار الحرب لا يجوز ويضمن إلا إذا وجب الدين بعقد عقده وحقوقه يرجع إلى العاقد فيجوز؛ لأن حق القبض للطالب كمثل هذا الدين إنما ثبت بحكم الملك لا بحكم العقد وملكه قد زال إلى الورثة بعد لحوقه بالدار أراد قتله على الردة فظهر أن الوكيل دفع مال الورثة إلى غيرهم فضمن ومتى وجب الدين يعقد عقده فحق القبض إنما ثبت للطالب بحكم العقد لا بحكم الملك فزوال ملكه لا بسبب حق القبض له، ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا أصلا، بأن كان وكيلا كان له حق القبض فلأن يكون له حق القبض وكان ملكا وعاقدا وقت مباشرة العقد أولى إلا أنه إذا لم يعلم أن قبض المرتد لا يجوز لا يضمن؛ لأنه معذور عنده إذا جهل بحكم السبب مع علمه به؛ لأن توقف تصرفات المرتد حكم خفي مسببه على الفقهاء حتى كان للاجتهاد فيه مشاع، فإذا لم يعلم الوكيل بذلك كان معذورا لكونه أمينا مستحقا للنظر فيجب دفع الضرر عنه ما أمكن بخلاف ما لو علم الوكيل بقضاء الموكل.

ولو لم يعلم أنه منعزل بقضائه يضمن؛ لأنه حكم جلي ظاهر لم يشتبه على أحد حتى لا يسوغ الاجتهاد فيه ويرجع الوكيل في مال المرتد الذي اكتسبه في حال الردة؛ لأنه قبض منه ما ليس له حق القبض فصار مضمونا عليه بالمثل؛ لأنه بمنزلة الاستقراض منه واستقراض المرتد جائز فهذا دين لزمه في حالة الردة فيستوفي من كسب الردة عند أبي حنيفة رحمه الله.

دفع ألفًا إلى رجل ليدفعها إلى فلان فدفع غيرها يكون متطوعا ويرد الألف إلى الموكل قياسا ويجوز استحسانًا وجه القياس: أن الوكالة تعلقت بالدراهم المدفوعة إليه فكان مأمورا بقضاء الدين من دراهمه، فإذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيا دينه بغير أمره فيكون متبرعا، وجه الاستحسان: أن القضاء تمليك وتملك لما بينا فصار كأنه قال اشتر بهذه الألف شيئًا يجوز أن يشتري بدراهم من عنده وذلك، فإن

الدراهم وإن تعينت في الوكالات لم تتعين في المعاوضات والقضاء معاوضة فلم تتعين في حق القضاء، ألا ترى أن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب غير الدراهم المدفوعة إلى الوكيل والقضاء لا يسقط بهلاكها إذا لم تتعين في حق القضاء فصار كأنه قال اقض ديني فيكون قاضيا بأمره فلا يكون متبرعًا. رجل أمر رجلين أن يدفعا هذا المال إلى فلان فدفعه أحدهما ضمن نصفه قياسا؛ لأنه لما دفع الألف إليهما فأمرهما بالقضاء فقد ائتمن كل واحد منهما في النصف، فإذا دفع أحدهما الكل بغير إذن صاحبه صار بالأخذ غاصبا للنصف فضمن ويجوز استحسانًا؛ لأنه دفع المال إلى من كان مأمورا بقبض ذلك المال من جهة المالك؛ لأن الطالب صار مأمورا بقبض الألف مقتضى أمره أيهما بالدفع إليه، فإذا وصل المال إلى من كان مأمورا بالقبض من جهة المالك ووصل الحق إلى مستحقه ويسقط الدين عن الموكل بدفع أحدهما كان دفع أحدهما كدفعهما، ولأنه لو قبض من غير دفعهما يصح قبضه ولا ضمان على أحد فكذا إذا قبض بدفع أحدهما وهكذا يقول في الأجنبي إذا غصب الألف من المطلوب ودفعها إلى الطالب، فإنه يبرأ؛ لأنه دفع إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك.

(فصل)

الوكيل بقبض الدين وهبه أو أبرأه أو أجره أو أخذ رهنًا لم يجز؛ لأنه مأمور بالقبض لا بما سواه ولم يثبت الدين بعقده فلا يملك ما سوى القبض، وإن أخذ كفيلا بالمال جاز، وإن قبل الحوالة لا يجوز؛ لأن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة وللوكيل بالخصومة أخذ الكفيل؛ لأن الخصومة في الغالب لا تنفك من أخذ الكفيل ولأن الكفالة توثيق وتوكيد للدين والمأمور بقبض الدين مأمور بالتوثيق؛ لأن فيه منفعة للموكل بخلاف الرهن؛ لأنه، وإن كان فيه توثيق لكن فيه ضرر كمن له دين، فإنه متى هلك يسقط دينه وبخلاف الحوالة؛ لأنها إبراء الأصيل وفيه محض ضرر وحده الوكيل زيوفا وستوقة فردَّه يضمن قياسًا لا استحسانًا وهذا القياس والاستحسان في الزيوف لا في الستوقة؛ لأنه لا يقع بها الاستيفاء فلا يضمن قياسًا واستحسانا وجه القياس أن الزيوف يقع بها الاستيفاء؛

لأنها مثل حقه ذاتًا، ولهذا إذا تجوز به الموكل وقبضه منه صح فصار قابضا حقه ولا يكون له نقض القبض من غير استطلاع رأي الموكل إذ هو غير مأمور به. وجه الاستحسان أنه وكيل باستيفاء الجياد فلا يمكنه ذلك إلا برد الزيوف وهذا؛ لأن الزيوف مثل حقه ذاتًا لا وصفا، فإن تجويزه يجوز، وإن رده باعتبار الصفة يجوز أيضًا؛ لأن حقه في الصفة وهي الجودة لم تكن مستوفاة. الوكيل بقبض الحيوان أنفق في الطعام والعلف والكسوة يكون متبرعا؛ لأنه أنفق على ملك غيره بغير أمره وبغير إذن من يلي عليه. الوكيل بقبض الدين إذا قبض يكون أمانة في يده؛ لأنه قبضه له بإذنه فيكون كالوديعة قال اقض فلانا أو فلانا فأيهما قضى جاز؛ لأنه وكله بقضاء دين أحدهما فصار كما لو وكله بعتق أحد عبديه.

(فصل)

وكله بقبض الدين من أب الوكيل أو ابنه فقال قبضت وهلك وكذّبه الطالب يقبل قوله مع يمينه؛ لأنه أمين فيه فيجب تصديقه؛ لأنه غير متهم في ذلك، وكذلك لو وكل عبدا بقبضه من مولاه، ولو وكله بقبضه من عبده المديون ذكر في الوكالة أنه يجوز ويقبل قوله في القبض والهلاك، وذكر في المأذون أنه لا يصح توكيله.

وجه رواية الوكالة: أن التوكيل بقبض الدين أمر بتمليك الدين ممن عليه الدين من وجه، واستيفاء لعين الحق من وجه. التوكيل بالتمليك من عبده المديون جائز وبقبض عين له عند عبده جائز، وجه رواية المأذون: أن التوكيل بقبض الدين توكيل بتفريغ ملكه عن الدين، والإنسان فيما يفرغ ملكه عن الدين عامل لنفسه والعامل لنفسه لا يصلح أن يكون وكيلا لغيره، ألا ترى لو وكله بقبض الدين من نفسه لم يجز.

(فصل)

ولو أقام المدعِي شاهدين على دعواه ثم وكل أحدهما بقبضه فهو جائز، ولو وكله بالخصومة بطلت شهادته؛ لأن الخصم لا يصلح شاهدا، فأما يصلح قابضا بالنيابة؛ لأن القبض يؤكد المشهود به والخصومة تحل بالشهادة.

(**الفتاوى**): ولو بعث المطلوب الدين على يدي وكيله إلى الطالب فرضي به فقال للذي في يده المال اشتر لي به شيئًا فاشترى ببعضه شيئًا وهلك المال قيل يهلك من مال المطلوب وقيل من مال الطالب وهو الصحيح؛ لأنه أمره بشراء شيء فصار وكيلا له فكأنه قبضه بقبض الوكيل.

وذكر في (**واقعات الناطفي**): ولو جعل للوكيل بقبض الوديعة أجرًا على أن يأخذها ويأتيها به جاز، وإن كان دينًا لا يتقاضى لم يجز إلا أن يؤقت له وقتا أياما بخلاف الوديعة؛ لأنَّ مدة العمل إليه.

(باب الوكالة في المزارعة والمعاملة)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في الوكيل بدفع أرضه مزارعة.

وفصل في الوكيل يأخذ الأرض مزارعة.

وفصل في الوكيل إذا خالف.

(فصل)

وكل رجلا بأن يدفع أرضه مزارعة فدفعها بما لا يتغابن فيه لم يجز والخارج بين الوكيل والمزارع على شرطهما لا شيء لرب الأرض منه أمره ببيع المنفعة والوكيل ببيع العين إذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز عندهما خلافا له، فكذلك في بيع المنفعة فصار دافعا أرضه مزارعة بغير أمره فيصير الوكيل غاصبا للأرض فصار كأنه غصب أرضا وأجرها والنقصان لا يضمن بغصب العقار عندهما وعند محمد رحمهم الله يضمن، وإن لم تنقص المزارعة الأرض لم يذكره محمد رحمه الله نصًّا وقيل تجوز المزارعة على الموكل ويكون الخارج بينه وبين المزارع على ما شرطا؛ لأن هذا محجور. أجر أرض غيره وقد سلمت الأرض من النقصان فصار كالعبد المحجور. أجر أرض مولاه مزارعة ولم يوجب الزراعة نقصانا في الأرض جاز على مولاه ويكون الخارج بينه وبين المزارع؛ لأن هذا نفع محض في حق مولاه فكذا هذا وعلمه مشايخنا قالوا الزراعة جائزة والخارج بين الوكيل والمزارع ولا

شيء للموكل منه وإليه أشار محمد رحمه الله، فإنه لم يفصل بينهما إذا أنقصت المزارعة الأرض أو لم تنقص؛ لأن الوكيل صار غاصبا للأرض، وهذا العقد صدر من الحر الغاصب فتقع له فيكون نصيبه من الخارج كسب الحر وكسب الحر يكون له لا لغيره فلم يكن للغاصب في الأرض المغصوبة بمنزلة العبد المحجور؛ لأن إجارته نفع محض والعبد غير محجور عن المنافع كقبول الهبات.

فإن دفع بما يتغابن فيه جاز والخارج بين المزارع ورب الأرض على الشرط والوكيل يلي قبض نصيب الموكل؛ لأن بيع المنفعة معتبر ببيع الغبن، ولو باع الوكيل العين بما يتغابن فيه جاز بالإجماع فكذا هذا.

وقبض الخارج من حقوق العبد فيملك من يلي العقد، فإن كان البذر من رب الأرض ودفع بما يتغابن فيه فرب الأرض هو الذي قبض حصته في رواية المزارعة، وكذلك في المعاملة صاحب النخل هو الذي يلي قبض حصته وفي رواية الوكالة للوكيل حق القبض.

وجه رواية المزارعة أن صاحب البذر يستحق الخارج بحكم ملكه البذر لا بالعقد؛ لأنه بما ملكه يتولد ويتفرع من ملكه، ولهذا إذا فسدت المزارعة كان الخارج كله لصاحب البذر وما يستحقه بحكم ملكه كان قبض نصيبه من حقوق ملكه؛ لأنه من حقوق العقد فيكون للمالك لا للعاقد، وجه رواية الوكالة: أن لعقد المزارعة أثرا في استحقاق ملك الخارج لصاحب البذر، فإنه لو زرع أرضه ببذر غيره من غير عقد لا يكون لصاحب البذر شيء؛ لأنه يصير غاصبًا فكان كقبض نصيبه من حقوق العقد فيكون للعاقد.

ولو دفع بما لا يتغابن فالوكيل غاصب للأرض والبذر ولرب الأرض نقصان الأرض على ما مر ولا يتصدق الزارع بشيء مما أصاب له في مسائل الخلاف ويتصدق الوكيل بالفضل؛ لأن المزارع أخذ أجرة عمله؛ لأن الوكيل صار بائعا بعض الخارج من بذره يوم نبت وصار له قيمة من المزارع فيطيب للمزارع ولأنه أخذ بدل عمله والعمل مع الخارج جنسان مختلفان فلا يظهر الفضل حتى يتصدق بالزيادة والغاصب استفاد الزيادة من بذر مغصوب وأرض مغصوبة فيكون خبيثه.

ولو وكله أن يدفع أرضه مزارعة ولم يبين الوقت للوكيل جاز على أول سنة وأول زراعة، فإن دفعها أكثر من ذلك أو غير هذه السنة ولم يدفعها هذه السنة لم يجز استحسانًا، وجه القياس: أن الأمر مطلق عارٍ عن التقييد بوقت فلا يتقيد بأول السنة بل ينصرف إلى السنين كلها، كما لو وكله بإجارة الدار والدواب مطلقًا لا يتقيد بأول السنة. وجه الاستحسان: أن الزراعة لا تتأتى في جميع الأوقات، فإذا أطلق الوكالة فيها ينصرف إلى أول السنة؛ لأنه أول غاية تنتهي إليها، فإنه إذا حصد الزرع انتهت الزراعة، فلهذا لو عقدت المزارعة سنة فحصد الزرع قبل مضي السنة انقضت الزراعة فتقيدت الوكالة بأول غاية تنتهي إليها كما لو وكله بشراء الأضحية تقيدت الوكالة بأيام نحر هذه السنة فكذا هذا، بخلاف التوكيل بإجارة الدار والدواب؛ لأنه ليس لها غاية تنتهي إليها فانصرفت إلى السنين كلها.

(فصل)

ولو وكّله بأن يأخذ له هذه الأرض مزارعة هذه السنة على أن البذر من الموكل فأخذ بما يتغابن فيه جاز، وبما لا يتغابن لا يجوز إلا أن يرضى الموكل به ويزرعها فيجوز والوكيل هو المأخوذ بحصة رب الأرض حتى يسلمها إليه؛ لأن هذا أمر باستئجار الأرض ببعض الخارج من بذره فيكون شراء لمنفعة الأرض. فالوكيل بشراء العين إذا اشترى بما يتغابن جاز وبما لا يتغابن لا يجوز ويتوقف على إجازة الموكل فتتقيد بإجازته فقد حصل العقد هنا موقوفا على إجازة الموكل وفي شراء العين أو المنفعة بما لا يتغابن ينفذ على الوكيل. وقد ذكر مسألة بعدها تدل على أن هذا العقد ينفذ على الوكيل قالوا وتأويله أن الوكيل أضاف الزراعة إلى الموكل بأن قالا لصاحب الأرض ادفع أرضك مزارعة لفلان على ما شرطا فقال دفعت والوكيل بالشراء إذا اشترى بما لا يتغابن وأضاف الشراء إلى الموكل يقف على إجازة الموكل؛ لأنه لم يجد نفاذا على الوكيل لما لم يضف الشراء إلى نفسه، فإن أخذ بما لا يتغابن فيه ولم يجبره حتى زرعها وأمره الوكيل بالزراعة فالخارج للموكل وعلى الوكيل أجر مثل الأرض لصاحبها لا مما أخرجت، ولا شيء لرب الأرض على

الوكيل وعلى المزارع بنقصان الأرض لصاحبها؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه حتى نفذ عليه فصار الوكيل مستأجرا هذه الأرض لنفسه، ولما أمره بالزراعة صار معيرا الأرض منه فيكون على المستأجر أجر المثل؛ لأن الأجرة وهي الخارج قد استحقت، فإن جميع الخارج كان للمزارع والخارج متى صار مستحقا تفسد المزارعة ويجب أجر المثل.

ولو كان لم يخبره ولم يأمره بالزراعة فزرع فالخارج للمزارعة ولا شيء لرب الأرض على الوكيل، وعلى الزارع نقصان الأرض لصاحبها ولا يرجع به على الوكيل؛ لأنه دفع الأرض إلى الموكل أمانة؛ لأن دفع الأرض إليه قد يكون للحفظ وقد يكون للمزارعة إلا أن الحفظ أقلهما وهو المتيقن فيثبت الأمر بالحفظ، والأمين إذا زرع كان غاصبًا، ومن استأجر أرضا وغصبها إنسان لم يكن على المستأجر والغاصب أجر وعلى الغاصب نقصانها ولا يرجع على الوكيل؛ لأنه لم يغرم ولم يعقد معه عقد ضمان ويتصدق بالفضل لما عرف.

ولو وكله أن يأخذ له أرض فلان وبذرا مزارعة فأخذ بما يتغابن فيه جاز ورب الأرض يقبض نصيبه من الزرع في رواية لما بينا وإن أخذ بما لا يتغابن فيه لم يجز على الموكل إلا أن يرضى ويعمل؛ لأن العقد يوقف على إجازة الموكل فلا سند إلا بإجازته لما بينا، فإن دفع الوكيل إليه وقد أخذ بما لا يتغابن فيه، فإن بين له ما صنع وزرعها الوكيل فهذا إجازة منه للمزارعة دلالة؛ لأنه لما شرع في العمل مع علمه بصنع الوكيل كان هذا منه رضاء دلالة.

وإن لم يبين له فعمل فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع في عمله قياسًا وفي الاستحسان يكون بينهما على الشرط وجه القياس: أن العقد يوقف على إجازة الموكل ولم توجد منه الإجازة نصًّا ولا دلالة وهو العمل مع العلم بصنع الوكيل فلم ينفذ كالوكيل بالنكاح من الزوج إذا زاد على المهر المأمور به ولم يعلم الزوج بصنيع الوكيل ودخل بالمرأة لا يصير مجيزًا للنكاح ويبقى موقوفًا فكذا هذا. وجه الاستحسان: أن العقد إنما توقف على إجازته نفيا للضرر عنه وبعد العمل الضرر إنما ينتفي بتنفيذ هذا العقد؛ لأن في بطلانه فوت منفعته وتعطيل عمله بغير عوض

وكان تنفيذ هذا العقد وتجويزه أنفع للموكل من إبطاله وصار كالعبد المحجور إذا أجر نفسه وعمل، فإنه يحكم بنفاذه حتى لا تفوت منافعه من غير بدل، فينتفي الضرر عن المولى فكذا هذا، فإن كان الموكل لم يسمِّ للوكيل وقتا فهو على أول سنة وأول زراعة لما بينا، فإن مضت السنة قبل أن يأخذ ثم أخذ لم يجبر الموكل على العمل؛ لأن العقد لم ينفذ على الموكل في السنة الثانية بل توقف على إجازته، فإن رضي وعمل كان بينهما على الشرط، والمعاملة تجري على قياس ما ذكرنا.

ولو أمره أن يأخذ له أرضا مزارعة أو نخلا معاملة ولم يبين لم تجز؛ لأن الأرض والنخل تتفاوت فاحشا، وصار كما لو وكله بشراء الأرض ولم يميز الأرض لا يجوز فكذا هذا، فإن بين الأرض ولم يبين البذر جاز؛ لأنه لا جهالة في الأرض الذي هو محل العمل فلا يفوت ما هو المقصود من العمل وهو حصول الربع والخارج، وإنما الجهالة في البدل، وجهالة جنس البدل لا تمنع صحة التوكيل؛ لأنه أبى تعدد ذلك كان جائزًا؛ لأن التوكيل عام في حق البذر وصار كما لو وكله ببيع عبده صح التوكيل، وإن كان الثمن مجهول الجنس.

ولو أمره أن يدفع مزارعة أو معاملة ولم يبين المدفوع إليه جاز، كما لو وكله أن يستأجر رجلا ولم يبين الأخير جاز؛ لأن التفاوت من العاملين تفاوت يسير وهذا التفاوت لا يؤدي إلى تفويت ما هو المقصود من العمل وهو حصول الخارج إنما للتفاوت من حيث الجودة والزيادة لا يمنع صحة الوكالة، كما لو وكله بشراء حمار أو ثوب هروي جاز بخلاف التفاوت في الأراضي، فإنه متفاحش بفوت ما هو المقصود من الأراضي وهو حصول الخارج؛ لأن من الأراضي ما لا يمكن زراعتها لبعدها عن الماء فصارت جهالة الأرض مانعة صحة الوكالة وجهالة العامل والبذر غير مانعة.

(فصل)

أمره أن يدفع أرضه مزارعة في الحنطة فأجرها بكرّ حنطة وسط جاز وللمزارع ما بدا له من الزراعات مما هو مثل الحنطة أو أقل ضررا منها؛ لأنه أبى بحبس

المأمور به بالأجر المأمور به؛ لأنه مأمور بالزراعة والزراعة والإجارة سواء، فإن الزراعة تنعقد إجارة، ولهذا تفسد بالشروط الفاسدة وشرط لصحتها التوقيت كما في الإجارة والبدل المأمور به هو الخارج من أرضه وقد جعل أجرة أرضه ما يخرج من الأرض إلا أنه خالف إلى خير حيث جعل الأجرة في الذمة وفي الخارج من الأرض وهذا أنفع للآمر؛ لأن الخارج من الأرض قد لا يسلم له بأن ذهب الزرع بآفة أو لم تخرج الأرض شيئًا وما يجب في الذمة سالم له على كل حال فكان هذا اختلافا إلى خير فجاز، وإن أجرها يعتبر الحنطة لم يجز؛ لأنه خالف في جنس المأمور في حق البدل؛ لأنه أمره بأن يجعل أجرة أرضه بعض الخارج وقد جعل الأجرة غير الخارج منها فصار كما لو أمره أن يؤاجره بعشرة دراهم فأجره بعشرة دنانير لا يجوز فكذا هذا.

وكله بأن يدفع أرضه مزارعة بالثلث فأجرها بكر حنطة وسط فهو مخالف؛ لأنه إن نفعه من وجه من حيث إن الكر في الذمة يسلم له على كل حال فقد أضر به من وجه؛ لأنه لا يدري أن الكر المشروط ثلث الخارج أو أقل وقد تحقق الخلاف في الظاهر وقع الشك في كونه إلى خير أو إلى شر فلا يرتفع الخلاف بالشك حتى لو تيقنا أن الكر المشروط مثل ثلث الخارج أو أكثر يجوز؛ لأنه يكون خلافا إلى خير، فإن زرعها المستأجر فالخارج له؛ لأن الخارج للزارع وعليه كر حنطة وسط للمؤاجر؛ لأن العقد وقع له؛ لأنه أجر الأرض المغصوبة ويضمن نقصان الأرض لمالكها؛ لأنه صار غاصبًا ويرجع به على المؤاجر، وإن شارب الأرض ضمن المؤاجر ويدفع المؤاجر من الكر الذي أجر به الأرض ما ضمن ويتصدق بالفضل لما عرف.

وكّله أن يأخذ هذه الأرض مزارعة بالثلث فاستأجرها الوكيل بكر حنطة وسط لم يجز إلا أن يرضى به؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه متى أخذها مزارعة فالأجر لا يلزم الموكل، ومتى استأجرها بكر حنطة فالأجر يلزم الموكل، ومقصود الموكل ألا يلزمه الأجر إذا لم يخرج شيء فقد خالف مقصوده إلى شر فيتوقف على إجارته متى أضاف العقد إليه.

ولو وكّله أن يأخذ له هذا النخل معاملة فأخذه على أن الخارج لصاحب النخل وللعامل كر من تمر فارسي جيد جاز؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأنه اشترط له أفضل ما يخرج من النخل فقد حصل مقصوده وزاد خيرا.

وإن شرط كر دقل، فإن كان النخل دقلًا جاز وإلا فلا، ولو شرط له كر حنطة لم يجز لأنه خالف إلى خلاف جنس المأمور به.

وإن وكله أن يأخذ له نخل فلان معاملة بالثلث وأخذه بكر تمر فارسي لم يلزم العامل إلا أن يعلم أن الثلث يكون أقل من الكر ومثله؛ لأنه خلاف إلى خير لما بينا. والله أعلم.

(باب الوكيل مع الموكل إذا اختلفا)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما يصدّق الوكيل وفيما لا يصدّق.

والثاني: في إقامة البينة على الوكالة.

(فصل)

قال الوكيل: لم يأمرني به، وقال الآمر: أمرته به فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر مستفاد من جهته.

ولو قال الوكيل بالبيع: بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك وصدّقه المشتري جاز بخلاف ما إذا لم يصدّقه؛ لأنه حكى أمرًا فيما يملك استئنافه فيصدق فيما حكى كالمولى إذا قال: فئت إليها ومدة الإيلاء باقية يُصدَّق فيما حكى؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه فكذا هذا.

مات الآمر فقال: ورثته لم يبعه، وقال الوكيل: بعته من فلان وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري. إن كان العبد قائمًا لم يصدّق الوكيل إلا أن يقيم بينة أنه باعه في حياة الآمر وإلا رد البيع وضمن الوكيل الثمن للمشتري؛ لأن العبد صار ملكا للورثة، والوكيل يدعي زوال العبد عن ملكهم ولا يملك إنشاء البيع في الحال

فلا يصدق في دعواه لتهمة الكذب، والورثة ينكرون لما يدعيه فيكون القول لهم، وإن كان العبد مستهلكا يصدق الوكيل مع يمينه استحسانًا.

وجه القياس: أنه انعزل عن الوكالة بموت الموكل فهو يدعي إزالة العبد عن ملكهم وهم ينكرون.

وجه الاستحسان: أن الشيء بالهلاك زال عن ملكهم باتفاقهم فلم يقع الاختلاف في زوال الشيء عن ملكهم وبقائه على ملكهم، وإنما وقع الاختلاف في إيجاب الضمان على الوكيل، والورثة يدعون عليه الضمان بقوله بعت ملكنا وسلمت بعدما انعزلت فصرت ضامنا فأنكر الوكيل ذلك والضمان كان منتفيًا عن الوكيل في الأصل؛ لأنه كان أمينا فهو يبقي الضمان بتمسك بما هو ثابت في الأصل فيكون القول له.

وكّل رجلا عند القاضي جاز إن عرف القاضي الموكل، وإن لم يعرفه لم يقبل قوله منه حتى يشهد رجلان على الوكالة؛ لأن القاضي متى عرفه فقد ثبتت الوكالة بمعاينة القاضي ومتى لم يعرفه لم تثبت بالمعاينة؛ لأن المقضي له مجهول؛ لأن الغائب يعرف باسمه ونسبه وكذلك المقضي عليه مجهول ولا بد من صحة القضاء من كون المقضي له والمقضي عليه معلومًا؛ ولأنه لو قبل الوكالة من غير أن يعرف الموكل يؤدي ذلك إلى إبطال حقوق الناس، فإن الفساق ينظرون إلى إنسان له حقوق على الناس، فإذا غاب ذلك الإنسان عن بصره فهذا الفاسق يجيء ويقول فلان ابن فلان وكلني بالخصومة ويغيب هو ثم يخاصم الوكيل بين يدي القاضي، ومن عليه الحق لا يعرف أنه ليس بوكيل من له الحق فيدفع الحق إليه ثم يسمع هذه الشهادة.

(فصل)

رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له عبدًا موصوفًا، فقال الوكيل: قد اشتريته وهلك الألف عندي قبل أن أدفعها وقبضت العبد ومات، يصدق على براءة نفسه؛ لأن الثمن والمبيع أمانة في يده.

ولو كان العبد قائمًا في يد الوكيل فقال الآمر: هلك المال قبل الشراء، وقال الوكيل: بعده، فالقول للآمر لما بينا.

فإن قال الآمر: لم يهلك المال بعد الشراء؛ لأن الوكيل بشراء شيء يبنى بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فكان الشراء واقعا للآمر إلا أن الوكيل لما ادعى هلاك المال بعد الشراء فقد ادعى الرجوع بالثمن على الموكل فيكون القول له مع يمينه، فإن كان الأمر بشراء عبد بغير عينه فالقول في الشراء قول الآمر، فإن أقر به لزمه، وإن جحد الشراء له وحلف عليه لم يلزمه العبد وبرئ الوكيل من المال إذا حلف ويلزم الشراء الوكيل بيمينه في ماله.

رجل أمر رجلا أن يبيع داره فباعها، ثم قال: قبضت الثمن فضاع، وقال الآمر: لم يقبض الثمن، ينظر إن لم يكن الآمر دفع الدار إليه فالقول قوله؛ لأنه لم يأتمنه على الدار حين لم يدفعها إليه، وإن كان قد دفعها إليه فالقول قول المأمور.

الوكيل بالاستقراض قال: قد قبضت ألفا منه، وقال المقرض: قد دفعتها إليه، وأنكر الموكل، قال محمد: القول قول الموكل، وقال أبو يوسف رحمه الله: القول قول الوكيل.

لأبي يوسف: أن الدافع والمدفوع إليه تصادقا على القبض فلا يعتبر قول غيرهما؛ لأن الوكيل أقر بقبض المال تأدية فلم يلتزم ضمانا لهذا الإقرار.

لمحمد: أن الدافع والقابض اعترفا أن المال للموكل إلا أن القابض ادعى إذنًا وتسليطًا من جهته وهو ينكر فكان القول قوله. وكّله بأن يكاتب عبده ويقبض بدل الكتابة فقال الوكيل: قد فعلت فأنكر الموكل ذلك قال محمد: يسمع قول الوكيل في الكتابة؛ لأنه لا منفعة له فيها ولا يسمع في قبض بدل الكتابة؛ لأنه متهم فيه.

ولو كاتبه ثم قال بعد إثبات الكتابة: قبضت الكتابة ودفعت إليك فهو مصدّق ولأنه أمين ادعى دفع الأمانة إلى صاحبها. وكّل آخر بأن يشتري أخاه فاشتراه فقال الآمر: ليس هذا أخي كان القول قوله مع يمينه. فمتى حلف لزم الوكيل وعتق؛ لأنه زعم أنه عتق على أمره، ومن أقر بعتق عبد ثم ملكه يعتق عليه وهو بإنكاره واليمين عليه دفع الضمان عن نفسه.

(فصل)

والوكيل بقبض الديون بكون القول قوله في ذلك؛ لأنه أمين، والوكيل بالاستقراض عند منازعته مع الموكل يكون القول للموكل؛ لأنه يريد إلزام شيء على الموكل وهو ينكر وهذا قول محمد.

(الجامع): مسائله على فصول:

فصل في اختلاف الوكيل مع الموكل في مقدار الثمن.

وفصل في اختلافهما في مقدار الثمن في شراء القريب.

وفصل في الوكيل بشراء جارية بألف ودفعها إليه وأمره أن يزيده من عنده ما يرى.

(فصل)

أمر رجلا بأن يشتري له جارية بألف فاشتراها وقال: اشتريتها بألف وخمسمائة، وقال البائع: بعته بألف، وصدقه الآمر والثمن غير مقبوض، فالقول للبائع والجارية للآمر؛ لأن إقرار البائع صادق خالص حقه؛ لأنه ينقص بعض حقه عن الثمن والثمن خالص حقه فقد أقر على نفسه بزوال ملكه بألف والثمن يثبت بتصديق الآمر فقد تصادقا على ألف فيقع البيع بما تصادقا عليه وليس للمأمور استحلاف البائع؛ لأن المقصود من الحلف النكول والنكول بدل أو إقرار وذلك لا يصح منه، فإنه لو أقر بالجارية للمشتري بما ادعى لا يصح؛ لأنه يقر له بالجارية بعدما صارت ملكا للموكل؛ لأنه يقر له بعدما أقر للآمر فلا يصدق، وإذا كان لا يؤاخذ بالأمرين لو أقر لا يؤاخذ به إذا كان، والمقصود من اليمين النكول لا الحلف؛ لأن بالحلف لا يصل إلى حقه وإنما يصل إليه بالنكول، فإذا تعذر القضاء بالنكول لم يجز الاستحلاف له: أن يستحلف الآمر على العلم؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه، فإن الآمر لو أقر بما ادعاه المشتري يصح؛ لأن الجارية ملك الآمر في الظاهر وهي مال فيجري فيه البدل والإباحة فيفيد الاستحلاف وذلك استحلاف على فعل غيره فيستحلف على العلم، فإن حلف أخذ الجارية وأعطى البائع الثمن؛ لأنه انقطعت دعوى المشتري

فسلمت الجارية للآمر، وإن نكل صارت الجارية للمشتري ويعطي البائع ألفًا لأن النكول بمنزلة الإقرار فقد أقر بما ادعاه المشتري فصح ويعطي البائع ألفًا؛ لأنه يدعيه عليه بحق شرائه، وإن رجع البائع إلى تصديقه أخذ منه خمسمائة أخرى؛ لأن المشتري مصرٌّ على إقراره، والإقرار على الإقرار بمنزلة إنشائه فعمل الصديق المقر له، كمن أقر لرجل بألف وخمسمائة فكذبه في خمسمائة ثم أقر المقر مرة أخرى فصدقه المقر له في جميع ذلك عمل تصديقه، ولأنه أقر له بألف وخمسمائة بحكم الشراء مطلقًا والشراء لا ينفسخ بجحود أحد المتعاقدين فيبقى الإقرار على حاله، فإذا عاد البائع إلى تصديقه في الخمسمائة عمل تصديقه، ولم يذكر هل للبائع بعد النكول أن يأخذ الألف من الآمر؟ ذكر الكرخي له ذلك؛ لأنه كان للبائع قبل نكول الآمر مطالبة بألف فكذلك بعد نكوله؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار فالآمر بالنكول أقر أن الجارية للمشتري وأن للبائع قبله مطالبته بالثمن فإقراره بالجارية للمشتري صح؛ لأنه على نفسه وإقراره؛ لأنه بريء عن مطالبة البائع عن الألف شهادة على البائع فلا يصح.

وقال عامة مشايخنا: ليس له ذلك وهو الصحيح؛ لأنهم تصادقوا على أن العهدة للبائع على المشتري لا على الآمر؛ لأنه هو العاقد إلا أنه كان لا يطالب بالعهدة لمانع وهو أن المشتري إنما أقر بوجوب العهدة على نفسه بشرط أن يسلم له الجارية ولم يسلم له الجارية قبل نكول الآمر، فإذا نكل الآمر فقد أقر بالجارية للمشتري فسلمت له الجارية فتوجهت العهدة عليه فكان حق البائع في مطالبة الآمر بالألف ساقطا بإقرار البائع أنه لا عهدة له عليه بإقرار المشتري.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريتها بمائة دينار والمسألة بحالها إلا في خصلة وهي إن نكل الآمر أخذ المشتري الجارية بغير شيء؛ لأنه يدعي الدراهم وهو يقر بالدنانير فلا يمكنه أن يأخذ الدنانير كالدراهم إلا أن يعود إلى تصديقه فنفى العهدة على الآمر كما كانت بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الآمر لما نكل فقد أقر أن المأمور اشترى الجارية بألف وخمسمائة ووجب للبائع عليه ألف درهم والآمر أدى إلى البائع ألف درهم وكان قاضيا دين المأمور وهو مجبر على قضائه فكان له

الرجوع بما أدى على المأمور وهنا لم يصر قاضيا عنه دين المأمور؛ لأن الدنانير لا تصير مقضيا بالدراهم فلا يكون له الرجوع، فإن أنكر الوكيل الشراء في هذه الوجوه فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه العقد وهو ينكر، فإن نكل أخذه البائع بالثمن ويرجع به على الآمر؛ لأنه اعترف بالشراء والعهدة لسبب أمر الآمر قبل وأخذ بإقراره، وإن حلف أخذ البائع الثمن من الآمر؛ لأنه انقطعت دعوى البائع عنه فتعذر إيجاب العهدة على المأمور فوجب العهدة على الآمر؛ لأن الآمر مع البائع تصادقا أنه اشترى للآمر كما أمره الآمر، فإن كان البائع أقر باستيفاء الثمن في جميع هذه الوجوه فالقول للمشتري مع يمينه للآمر على ما ادعاه؛ لأن البائع بعد قبض الثمن لا يصير مقرا بالثمن على نفسه؛ لأنه مفروغ عنه فإنما يشهد على المشتري والحكم لا يقطع بشهادة الفرد، وإذا لم يصدّق البائع في تقدير الثمن بنفي الاختلاف بين الآمر والمأمور الآمر يقول عملت لي وهو يقول عملت لنفسي حيث خالفت في الثمن؛ لأن المأمور لشراء شيء بعينه إذا اشترى بأكثر من الثمن المأمور به أو بجنس آخر ونوى لنفسه يقع له؛ لأنه انعزل حكما لنفاد الشراء عليه لا مقصودا فالأصل أن الحر عامل لنفسه ما لم يثبت عمله لغيره.

(فصل)

وكّله بأن يشتري له أخاه بألف فقال: اشتريته بألف وخمسمائة أو بمائة دينار، وقالا: بل بألف فالقول للبائع ويعتق الغلام على الآمر؛ لأن الوكيل مع الموكل في شراء شيء بعينه متى اختلفا في تقدير الثمن والثمن غير مقبوض فالقول للبائع في مقدار الثمن وبيان نوعه لما بينا، فإذا صدقه الآمر في ذلك صار الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة.

ولو ثبت شراء الآمر أخاه عتق عليه؛ لأنه ملك عليه أخاه، وليس للوكيل أن يستحلف الآمر ليأخذ منه الغلام؛ لأنه لو أقر الآمر بما ادعاه الوكيل بعدما عتق الغلام لا تقبل على العبد فكذلك إذا نكل وأقر مستحلفه، فإن نكل قضى عليه بقيمة الغلام؛ لأن الآمر لو أقر بضمان القيمة للمشتري بأن أقر أنك اشتريت الأخ بألف

وخمسمائة وصرت مخالفًا ومشتريًا لنفسك إلا أني بإقراري للبائع أبلغك العبد عليك فصرت ضامنا قيمة العبد صح إقراره بذلك ولزمه قيمة العبد فكذلك إذا نكل وللبائع الثمن على الآمر بحاله؛ لأنه لا يصدق في حق البائع فبقي الثمن في حق البائع والآمر، فإن دفع الآمر الثمن إلى البائع يرفع عنه ذلك القدر من القيمة التي تضمنها للمأمور استحسانًا لأنه قضى دينه؛ لأن الآمر لما نكل فقد تصادقا أن لا ثمن للآمر على البائع بل على المأمور فصار في المعنى قاضيا عنه دينه وهو مجبر على قضائه؛ لأن الآمر بعد النكول نفى مجبرا على قضاء الثمن والمجبر على القضاء لا يكون متبرعًا فصار كالوارث إذا قضى دينا على المورث بعد موته هذا إذا كان القيمة من جنس ما أدى إلى البائع له أن يحبس من القيمة مقدار ما أدى إلى البائع؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان من خلاف جنس ما أداه إلى البائع ينظر إن اختلفا في مقدار الثمن لا في جنسه كان له أن يحبس القيمة، وإن اختلفا في حبس الثمن ليس له أن يحبس؛ لأن القيمة بدل عن العبد فيكون قائمًا مقام العبد والعبد لو كان قائمًا في يد الآمر بأن كان العبد أجنبيًا وقد أدى الآمر الثمن إلى البائع كان للآمر أن يحبس العبد بما أدى إن اختلفا في مقدار الثمن، وإن اختلفا في جنسه ليس له حبس العبد ويأخذ العبد بغير شيء فكذلك القيمة، وإن كان البائع أقر بقبض الثمن وقال: كان الثمن ألفًا، وقال المشتري: ألف وخمسمائة وصدق الآمر البائع فالقول للمشتري في مسألة أول الباب وفي هذه المسألة والعبد حر؛ لأن البائع يصير أجنبيًا بعد استيفاء الثمن فيصير شاهدًا فلا يقبل قوله لما بينا.

وإن كان الآمر لم يسم ثمنًا والمسألة بحالها عتق العبد لأنهم تصادقوا جميعًا أن الشراء وقع للآمر، وأن العبد صار ملكا له اشتراه المأمور بألف درهم أو بمائة دينار؛ لأن الموكل لم يسم له ثمنا فبأي ثمن اشتراه يكون مشتريًا للآمر وهذا قولهما ولم يذكر قول محمد رحمه الله، وعلى قوله يتحالفان ويترادان العقد على القيمة؛ لأن الوكيل بالشراء مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري في حق الحقوق، والمتبايعان متى اختلفا في مقدار الثمن والسلعة هالكة فالقول للمشتري في الثمن عندهما، وعند محمد يتحالفان فكذا هذا.

(فصل)

أمر رجلًا أن يشتري جارية بألف درهم ودفعها إليه فأمره أن يزيده من عنده ما يرى إلى خمسمائة فقال الوكيل: اشتريتها بألف وخمسمائة، وقال الآمر: بألف يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل في حق الحقوق والبائع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة قائمة في يد البائع فإنهما يتحالفان فكذا هذا فيبدأ بيمين الوكيل؛ لأن يمين الوكيل يمين ثبات ويمين الموكل يمين علم ويمين الثبات أقوى وآكد من يمين العلم فكانت البداية بالأقوى أولى، فإن حلف فالجارية بينهما أثلاثًا للوكيل ثلثها لأنهما تصادقا، فإن ثلثيها مشتراة بمال الموكل؛ لأن الوكيل زعم أنه صرف جميع الألف إلى ثلثي الجارية فيكون له خاصة والباقي للموكل.

(باب توكيل الوكيل)

(المبسوط): وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا إذا قال له: ما صنعت في ذلك من شيء فهو جائز خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه يتصرف بحكم الآمر؛ لأنه يعمل للموكل من كل وجه لا لنفسه وقد أمره بالتصرف والعمل بنفسه لا بالتفويض إلى غيره إلا إذا فوض إليه بالتنصيص على تجويز صنعه وأتى به غيره مناب نفسه حيث قال: ما صنعت في ذلك من شيء فهو جائز؛ لأن قوله وذلك كناية فينصرف إلى مكنى سبق ذكره وهو التصرف المفوض إليه.

ولو وكله بالبيع وسمّى له الثمن وأمر الوكيل غيره وسمّى له الثمن كان جائزا؛ لأنه وجد في عبد الثاني ما أراده الموكل وابتغاه؛ لأنه أراد رأي الوكيل الأول، فإذا أمر غيره وسمى له الثمن فقد حضر هذا العقد رأي الأول فكأن الأول باشره بنفسه فجاز بخلاف ما لو وكل وكيلين بالبيع وسمى لهما الثمن فباع أحدهما بالمسمى لم يجز؛ لأن الآمر رضي برأيهما وانتفاء رأيهما واجتماعهما على بيعه وأنه شرط مقيد؛ لأن كل واحد منهما تعاون صاحبه في الرأي وربما يحتال في الزيادة في الثمن إن كان وكيلا بالبيع وفي النقصان إن كان وكيلا بالشراء.

الوكيل أمر غيره بالبيع أو بالإجارة ففعل فأجاز الوكيل جاز وهو حاضر أو غائب، وإن كان حاضرا، فإنه يجوز ولم يشترط الإجازة، وحكى عن الكرخي هذا محمول على إذا ما أجازوا إليه. ذهب بعض مشايخنا أو قال بعضهم فيه روايتان وفي رواية لا يجوز إلا بإجازة الأول؛ لأن التوكيل من الأول لما لم يصح كان بمنزلة الفضولي والفضولي لو فعل هذا بحضرة الوكيل لا يجوز إلا بإجازة الوكيل؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت؛ لأنه محتمل للرضا والسخط فكذا هذا وفي رواية يجوز بدون إجازته؛ لأن المقصود من التوكيل هو حضرة رأيه عند العقد؛ لأن الموكل رضي رأيه لا برأي غيره فمتى كان الأول غائبا فقد تعرى العقد عن رأيه فيتوقف على إجازته ومتى كان حاضرًا فقد حضر هذا العقد رأيه فصح التوكيل فصار كأنه باشره بنفسه فلم يحتج إلى الإجازة وصار كما لو وكل وكيلا وسمى له الثمن فوكل الوكيل آخر صح؛ لأنه لم يتغير هذا العقد عن رأي الأول بل حضرة رأيه لما سمى للثاني ثمنا فكذا هذا وعلى هذا أحد وكيلي البيع إذا أمر صاحبه بالبيع فباع بحضرته ففي رواية لا يجوز إلا بإجازته وفي رواية يجوز بدون إجازته.

وذكر في (الفتاوى): الوكيل بالبيع لو وكل غيره فباع بحضرة الموكل الأول.

رُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يصح، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يجوز إلا بحضرة الوكيل الأول فحينئذ يجوز.

قال زفر: لا يجوز في الفصلين. وكّله بتقاضي دينه فوكّل غيره فقبض لا يبرأ المطلوب إلا إذا كان الثاني من عيال الأول؛ لأن يد العيال كيد صاحبه، ولهذا يملك المودع أن يدفع إلى من هو في عياله. قال لوكيله: ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فوكل غيره في شيء لا يتجاوز الثاني عما وكله بخلاف ما لو قال صاحب المال للمضارب: ما صنعت فيه من شيء فهو جائز كان له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة وأن يقول للثاني ما صنعت فيه من شيء فهو جائز حتى يكون للثاني أن يدفع المال إلى الثالث مضاربة، وفي الوكيل لا يكون له ذلك والفرق أن المضارب أعم تصرفا وآكد وأقوى حالا من الوكيل؛ لأنه متصرف لنفسه من وجه، فإن بعض

الربح يكون له والربح مقصود في المضاربة والربح لا يحصل إلا بتعميم التصرفات فمتى يعمم ما فوض إليه في حق الأول يتعمم في حق الثاني، فأما الوكالة فمبنية على الخصوص من التصرفات، فإنه لا يملك تفويض ما فوض إليه إلى غيره إلا برضاء الموكل، فإذا عمم الموكل التصرف في حق الأول دون الثاني لا يملك الأول تعميم ما فوض إليه في حق الثاني.

(المنتقى): الوكيل بالبيع والنكاح وكل عقد هو معاوضة لو فعل غير الوكيل فحضره الوكيل فأجاز فهو جائز وحال غيبته لا يجوز؛ لأنه إذا كان حاضرًا فهو العاقد والمتلفظ به والمعبّر بنفسه والآمر كالرسول عنه، وإذا كان غائبًا فالعاقد هو الحاضر فيصير عاقدا للغير فيتوقف على إجازة الموكل دون الوكيل، والوكيل بالطلاق والعتاق وبغير المعاوضة لو فعله غيره بغير حضرة الوكيل لم يجز، وإن أجازه، والفرق أن المعاوضة تتوقف على الإجازة إذ صحت العقود بارتباط الإيجاب بالقبول وضرورة من الأهل فلم يقع لغوا، فأما غير المعاوضة فينصرف مضاف إلى المحل بالإسقاط، فإذا لم يكن المحل مملوكا لغت الإضافة فعلى هذا الوكيل بالطلاق والعتاق لو قال: أعتقته أمس فكذبه الموكّل، فإنه لا يجوز، والوكيل بالبيع لو قال: بعته أمس وكذّبه الموكل فالقول قول الوكيل؛ لأنه لو أعتقه إنسان فأجاز الوكيل عتقه لم يجز.

ولو باعه إنسان فأجاز الوكيل البيع جاز؛ لأن البيع لا يقف على إجازة الوكيل؛ لأنه في العتق والطلاق سفير ومعبّر محض لا يتعلق به حقوق فلم يكن مالكا في حقه بل يقف على إجازة المالك، فأما البيع يقف على إجازة الوكيل؛ لأن الوكيل بمنزلة المالك في المعاوضات؛ لأن حقوقها تتعلق به والمالك كالأجنبي عنه.

(فصل)

وكّل آخر ببيع عبده وقال له: اعمل فيه برأيك، فوكل الوكيل آخر فباع الوكيل الثاني من الموكل الأول لا يجوز؛ لأن الثاني يسلم الثمن إلى الأول بعدما قبضه ويعمل حجره عليه.

وعن محمد رحمه الله فيمن وكّل آخر يشتري له جارية فقال له: ما صنعت من أمر فهو جائز، فوكل الوكيل آخر لهذا الشراء ثم عزل الموكل الوكيل الأول أو مات الأول فاشترى الثاني الجارية علم بذلك أو لم يعلم دفع إلى الأول دراهم أو لم يدفع صح شراؤه على الآمر الأول؛ لأن الثاني وكيله لا وكيل وكيله، حتى لو أخرج الوكيل الثاني من الوكالة صح كان الوكيل الأول حيًا أو ميتًا، فإن اشترى الأول جارية حاز للموكل ثم اشترى الجارية الثاني لزمه دون الآمر علم بشراء الأول أو لا كمن قال لاثنين: اشتر أحدكما لي جارية فاشتراها أحدهما ثم اشترى الثاني لزم الثاني لا الآمر الأول، ولو اشترى كل واحد منهما جارية على حدة وقد اشتريا معا فهما جميعا لزم الموكل وكذا في الوكيلين.

(باب الوكالة في الصرف والسلم)

(المبسوط): مسائل الصرف على فصول:

أحدها: فيما صار الوكيل مخالفًا في الثمن وفيما لا يصير.

والثاني: في مصارفته مع من يجوز ومن لا يجوز.

والثالث: فيما يضمن وما لا يضمن.

(فصل)

وكّله بشراء إبريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشترى بوزنه دراهم أو دنانير يجوز اعتبارا للعادة؛ لأن مطلق الأمر بالشراء يصرف إلى الثمن المعتاد وهو النقدان، وكذا لو وكله بشراء دابة أو غيرها له أن يشتري بأحد النقدين، ولو وكله بشراء إبريق فضة بدراهم فاشتراه بدنانير كان للوكيل؛ لأنه خالف آمره، ولو اشتراه بغير النقدين عينا أو دينا كان للوكيل؛ لأنه اشتراه بغير النقد المتعارف فصار مخالفا. وكله ببيع تراب الصياغة فباعه بغير النقدين جاز على الموكل عند أبي حنيفة، وعندهما رحمهما الله لا يجوز بناء على أن الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بأي ثمن كان عنده خلافا لهما. وكله بصرف ألف بعينها فأخذ الوكيل ألفًا أخرى من مال

الموكل قبل قبض المعينة وصرف جاز، وإن قبض الألف وصرف ألفًا أخرى لا يجوز؛ لأن الدراهم لا تتعين إلا بالقبض فما لم يقبض رجعت الوكالة إلى ألف مطلقة ومتى قبضها تعينت وتعلقت الوكالة بألف معينة حتى تبطل الوكالة بهلاكها.

أمره ببيع مصوغ فضة بعينها فباع غيره لم يجز؛ لأن المصوغ يتعين، وكذلك التبر في إحدى الروايتين أمره بالكوفة بأن يصرف دنانير بدراهم فصرفها بدراهم كوفية يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز، وهذا الاختلاف عرف الزمان في النقد ففي زمن أبي حنيفة كان النقد في الكوفة الخفاف وفي زمنهما النقد الشامية الثقال.

ولو قال: اشتر بهذه الدراهم غلة، فكذلك على غلة بلد السليط دون غيره؛ لأن الأمر ينصرف إلى المتعارف إلا أن تكون غلة غيره مثل غلته فيجوز فيهما؛ لأنه أتى بمثل المأمور به وحصل مقصود الأمر.

ولو قال: بع هذه الدراهم بدنانير شامية فباعها بكوفية وهي في الوزن كهي جاز؛ لأنه أتى بمثل المأمور به؛ لأنه لا تفاوت بين الدنانير صرفا بخلاف الدراهم؛ لأن الغش في الدراهم يزداد بزيادة الوزن فلم يكن زيادة الوزن فيها زيادة جودة ويكره توكيل المسلم الذمي بالصرف؛ لأنه يستحل الربا فربما يوقعه فيه.

(فصل)

ولو صارف الوكيل مع عبد الموكل لم يضمن عليه دين أم لا علم أنه عبده أم لا؛ لأنه إن كان عليه دين جاز البيع؛ لأن المولى لو صارفه جاز فكذا وكيله، فإن لم يكن عليه دين فكذا لا يكون بيعًا إلا أنه لا يضمن الوكيل بتسليم المال إليه؛ لأنه أمين دفع الأمانة إلى عبد صاحب الأمانة.

ولو صرف مع مفاوض الموكل أو الوكيل أو شريك الوكيل أو مضاربه لم يجز لأن الوكيل متهم فيه لأنه يملك نصفه فصار كما لو صارف مع مكاتبه والموكل لو صارف مع مضاربه لا يجوز وكذلك وكيله.

ولو صرف مع شريك الموكل غير مفاوض جاز؛ لأن الآمر لو صارفه جاز فكذا

وكيله وهو غير متهم فيه، وكذلك الوكالة في العروض في هذه المواضع.

ولو صارف أو أسلم إلى أبويه وولده وزوجته لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز؛ لأن الأملاك منفصلة ليس له في مالهم حقيقة ملك ولا حق ملك فصار كالمضارب باع من هؤلاء.

لأبي حنيفة رحمه الله: أنه متهم في حق هؤلاء؛ لأن منافع الأملاك متصلة بينهم فيكون بمنزلة نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهم قيل هذا إذا حاباه فيه محاباة كبيرة، فأما إذا اشترى بمثل قيمته يجوز بالإجماع لزوال التهمة. وكّله بشراء فلوس فكسدت بعد القبض لزم الآمر؛ لأن قبضه بمنزلة قبض الموكل فيكون الكساد والهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل، وإن كسدت قبل القبض فقبض كانت للوكيل؛ لأن الكساد بمنزلة الهلاك فانتقض البيع، فإذا أخذها الوكيل انعقد بينهما بيع جديد بالتعاطي فله أن يمنعه عن الموكل وإن أعطى الآمر انعقد بينهما بيع جديد، فكذا لو أمره بشراء عبد فقبل عبد البائع قبل القبض فاختار الوكيل أخذ القيمة يلزم الوكيل إلا أن يشاء الآمر فيأخذها؛ لأن العقد وقع للآمر فالقيمة بدل ملكه إلا أن للآمر أن لا يرضى به لتغيير المبيع إلى جنس آخر، وإن شاء رضي بالعيب وأخذ القيمة؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العبد وقس عليه أمثاله.

وكّله بصرف أو بيع عبد فباعه في بلد آخر جاز سواء كان له حمل ومؤونة أو لم يكن. وفي كتاب الوكالة إن كان له حمل ومؤونة يكون مخالفا ولم يجز البيع؛ لأنه مقيد الأمر بالبيع بمكان الآمر حالة النقل دلالة وهي أن لا يلزم الآمر ضرر مؤونة الكراء وربما يربي ذلك على الثمن؛ لأن مؤونة النقل عليه؛ لأن النقل حصل بإذنه دلالة؛ لأن الوكيل مأمور بالحفظ بيعا للآمر بالبيع فلا يمكنه الحفظ إلا بالنقل فيكون النقل بإذن المالك فتكون مؤونة الرد عليه.

وجه رواية الصرف: أن الأمر المطلق بالبيع إنما يتقيد لئلا يلزم الآمر مؤونة النقل فلا يلزمه بل يلزم الوكيل؛ لأنه أمره بالبيع دون النقل والبيع ممكن بدون النقل والحفظ دخل في الأمر بالبيع بيعا لا مقصودا فلم يصر مأمورا بالنقل فصار غاصبا فيه ومأمورا في البيع حتى لو ضاع قبل البيع يضمن فتكون مؤونة النقل على الوكيل

فلم يتقيد الآمر فبقي عاما، ولو استأجر الوكيل وأخرجه إلى مكان آخر في رواية يجوز البيع ولا يلزم الآمر الآمر الآخر وفي رواية لا يجوز البيع لما مر.

(مسائل السلم)

وكّل رجلا ليسلم له عشرة في كر حنطة جاز؛ لأنه وكله بما يملكه بنفسه فصح التوكيل به وإن أداه من مال نفسه يرجع على الموكل؛ لأنه التزم الضمان في عقد عقده له ولو أمره بأن يأخذ له عشرة في طعام ففعل يلزم الوكيل؛ لأنه وكله ببيع ما ليس عنده فلا يجوز؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم أي ورخص في بيع ما ليس عنده سلما ولم يرخص في بيع ما ليس عند العبد سلما فبقي منهيا نقضه النص والقياس قال: أسلم مالي عليك في كر حنطة فأنفذ لا ينفذ على الموكل عند أبي حنيفة خلافا لهما. لهما: إن السلم بيع ما في ذمته، ألا ترى لو اشترى شيئًا بدين على البائع ثم تصادقا أن لا دين عليه لم يبطل الشراء ووجب مثله ومتى لم تتعين الدراهم صار التقييد بها والإطلاق سواء فصار، كما لو قال أسلم لي عشرة في كر حنطة لأبي حنيفة أنه أمره بتمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يصح التوكيل؛ لأن الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات إن لم تتعين في العقود بخلاف ما لو قال أسلم لي ما عليك إلى فلان ينفذ على الموكل بالإجماع؛ لأنه أمكن المسلم إليه وكيلا يقبض ما عليه أولا ثم يقع الشراء بعده وهاهنا المسلم إليه مجهول ولا يمكننا أن نجعله وكيلا بالقبض. وكّل المضارب رجلا ليسلم له جاز كما إذا وكله بشراء العين. وكله رجلان كل واحد منهما ليسلم له دراهم في طعام فخلط دراهمهما ثم أسلم كلها في عقد واحد لم يجز وضمن؛ لأنه بالخلط صار مستهلكًا فلم يبق وكيلا، ولو لم يخلط وأسلم كلها في عقده جاز؛ لأنه أمسك أمرهما فنفذ الشراء عليهما والشركة في الطعام وقعت بينهما حكما لإمساك الآمر لا قصدا بفعل الوكيل فلا يضمن.

(باب وكالة المضارب)

(المبسوط): أصله: أن كل تجارة لو باشرها المضارب صح على رب المال، فإذا وكل بذلك يصح على رب المال؛ لأن المضارب مأمور بالتصرف على سبيل العموم والشمول ليحصل الربح وكان له المباشرة والتفويض إلى غيره كما في أحد الشريكين توكيل المضارب بالبيع والشراء والخصومة والقبض جائز؛ لأنه يملك بنفسه فيملك التفويض إلى غيره. وكل المضارب غيره بالخصومة في دين فأقر الوكيل أن المضارب أخذه جاز؛ لأنه وكيل بالخصومة أقر على موكله فصح، فإن قال المضارب لم أقبضه فلا ضمان عليه وقد برئ الغريم؛ لأن الوكيل أمين فصح إقراره على موكّله في حق براءة الغريم ولا يصح في حق إيجاب الضمان على المضارب كما لو أقر بالقبض من المطلوب وأنكر المضارب وكيل المضارب ببيع عبد من المضاربة ثم تناقضا فباع الوكيل جاز، وكذلك لو مات رب المال؛ لأن المضاربة وإن انفسخت فرب المال لا يملك عزل المضارب عن بيع العروض حتى لو باع جاز بيعه على رب المال فيجوز بيع وكيله أيضًا على رب المال. وكّله بالشراء من مال المضاربة فمات رب المال ينعزل الوكيل علم أو جهل؛ لأن بالموت انتقضت المضاربة حكما لا قصدا؛ لأن الموت لم يوضع لنقض المضاربة فيثبت العزل حكما لا قصدا والعزل الحكمي يصح علم الوكيل به أو لم يعلم ويلزم الشراء المضارب؛ لأن ضرورة الثاني وكيلا للمضارب لقيام ولايته على نفسه لا بحكم المضاربة، فإن توكيل الإنسان على نفسه صحيح مضاربًا كان أو لم يكن لقيام ولايته على نفسه فبقي وكيلا للمضارب ما بقي ولأنه المضارب بخلاف ما لو تناقضا المضاربة ثم اشترى الوكيل للمضاربة والثمن مدفوع إليه إن علم بالمناقضة لا يصير مشتريا لرب المال، وإن لم يعلم يصير مشتريًا لرب المال؛ لأن المناقضة عزل قصدي لا ضرورة الثاني وكيلا لرب المال بحكم المضاربة؛ لأن توكيل المضارب على رب المال لا يجوز إلا بحكم المضاربة وكان نقض المضاربة نقضًا للوكالة قصدا؛ لأن نقض السبب نقض حكمه قصدا كنقض البيع يكون نقضًا لحكمه قصدًا، فالعزل القصدي لا يصح إلا بالعلم. وكّل أحد

المتفاوضين بالتقاضي أو بقبض دين أو عين ثم تفرقا ثم فعل الوكيل جاز عليهما علم أو لم يعلم؛ لأن التوكيل حصل باستيفاء حقوق عقد باشره الموكل وللموكل استيفاء حقوق عقد باشره بعد الفرقة على صاحبه، وإن علم بالفرقة فكذلك وكيله بخلاف الوكيل بالشراء والبيع إذا فعل بعد الفرقة وعلم بها لا يجوز؛ لأنه باشره الموكل البيع والشراء بعد لم يجز على صاحبه فكذلك وكيله إذا علم؛ لأن الفرقة عزل قصدي. وكّل أحدهما فأخرج الآخر من الوكالة جاز إلا في تقاضي الدين إذا وجب بمداينة الموكل والمسألة في شريك العنان؛ لأن فعل واحد كفعلهما.

(باب ما يخرج به الوكيل من الوكالة)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في انعزال الوكيل بالجنون أو موت الموكل.

والثاني: في انعزاله بتصرف الموكل.

(فصل)

ولو مات الموكل أو جن جنونًا مطبقًا ينعزل الوكيل؛ لأن الجنون المطبق بمنزلة الموت؛ لأنه سلب أهلية التصرفات كالموت والوكيل ينعزل بموت الموكل لانسلاب أهلية التوكيل والآمر؛ لأن الأمر يتجدد في كل ساعة فكان لبقائه حكم ابتدائه والأمر يبطل بالجنون والموت والجنون العارض، وذلك أن يجن يومًا ويفيق يومًا لا يبطلها استحسانًا؛ لأن الجنون القصير في معنى النوم والإغماء والوكيل لا ينعزل بنوم الموكل ولا بإغمائه فكذا لا ينعزل بالجنون القصير وهذا؛ لأن الموكل بما وكله وأنابه مناب نفسه ليكون عمله كعمله فيكون هذا توكيلا منه إياه ما دام قادرًا على العمل دلالة، فإذا جن مطبقا فقد عجز عن العمل فانتهت الوكالة وإذا جن قصيرا إن ثبت نوع عجز لكن هذا العجز غير معتبر شرعًا ولا عرفًا لاحتمال زواله وارتفاعه في كل ساعة ولحظة وصار كالعجز بالنوم والإغماء.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة؛ لأن الجنون متى

قام أكثر السنة ولا يزول غالبا فيصير في معنى الموت.

وعن محمد رحمه الله: سنة، وهذا الصحيح؛ لأن الجنون إذا دام سنة فالظاهر أنه لا يزول؛ لأن الجنون لو كان لعلة أو مرض، فإذا احتمل عليه فصول السنة من حرارة الهواء وبرودته وهو سنة وجب أن يزول في بعض السنة لمرور ما يوافق عليه من الهواء فلما دامت في الفصول أجمع فالظاهر أنه لا يزول والأحكام تبنى على الظواهر فيجعل كأنه لا يزول حقيقة فبطلت ولايته، ولهذا الجنون المستوعب للسنة يمنع وجوب الصوم والزكاة وما دونها لا يمنع، وأما إذا جن الوكيل مطبقا ينظر إن صار بحال لا يعقل شيئًا ينعزل، وإن كان بحال يعقل البيع والشراء لا ينعزل بخلاف ما إذا جن الموكل مطبقا ويعقل البيع والشراء، فإنه ينعزل الوكيل والفرق فهو أن لبقاء الوكالة حكم الابتداء؛ لأنها أمر يتجدد ساعة فساعة وابتداء التوكيل من المجنون الذي يعقل البيع والشراء جائز كالصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء إذا توكل عن الغير جاز، فإذا جاز الابتداء فلأن يبقى أولى، وابتداء التوكيل من المجنون الذي لا يعقل البيع والشراء لا يجوز كالصبي المحجور إذا وكّل غيره لا يجوز وكذا الانتفاء؛ لأن لبقائها حكم الابتداء.

وإذا بقي وكيلا إذا اشترى في حال جنونه ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: أنه يجوز بمنزلة ما لو وكّل صبيًا.

قال مشايخنا: هذا محمول على أن الموكل رضي بذلك، فأما إذا لم يرض لا يعقد عليه؛ لأنه إنما رضي بتصرفه على أن تكون العهدة على الوكيل؛ لأنه إنما وكّله بذلك والعاقل البالغ الحر إذا وكل ببيع أو بشراء شيء كانت العهدة عليه والآن العهدة على الموكل وكان للموكل أن لا يرضى بذلك. التحق الموكل أو الوكيل بدار الحرب مرتدا ثم عاد لا يعود وكيلا، وعند محمد رحمه الله يكون وكيلا كما لو مرض أو جن ثم أفاق؛ لأن بلحوقه لم تزل ولايته عن نفسه وإن تصرفاته في دار الحرب على نفسه نافذة ومجرد زوال ملك المحل لا يوجب انعزال الوكيل على وجه لا تعود الوكالة إذا عاد ملك المحل نفسه، كما لو باع العبد الموكل ببيعه ثم رد عليه بعيب وبلحوق الوكيل لم تثبت إلا بزوال ولايته عن الموكل مع قيام أهليته

وهذا لا يوجب الانعزال كما في الجنون القصير. مات المطلوب تبقى الوكالة بقبض الدين؛ لأن الوكيل إنما ينعزل إما بفوات المأمور به أو بزوال ولاية الموكل وولايته قائمة والمأمور به قائم وهو استيفاء الدين.

(فصل)

أصله: أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفًا قبل بيع الوكيل يعجز الوكيل عن البيع، فإنه يخرج عن الوكالة، وإن كان تصرفًا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة؛ لأن الوكيل إنما يخرج عن الوكالة ناشئا ثلثه إما بالعزل أو بانتهاء الأمر نهايته، فإن امتثل بما أمر به أو بعجزه عن الامتثال بما أمر به فمتى أحدث الموكل تصرفا يعجزه عن البيع يخرج عن الوكالة وإلا فلا. وكّله ببيع عبده ثم باعه المالك ووهبه وسلم ثم كاتبه أو استولدها أو كاتب جارية، فإنه يخرج عن الوكالة؛ لأن هذه التصرفات معجزة له عن البيع، وإن أذن له في التجارة لم ينعزل الوكيل؛ لأن ذلك لا يعجزه عن البيع.

ولو رهنه أو أجره لا تنتقض الوكالة، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه تنتقض؛ لأن ذلك يعجزه عن البيع، ألا ترى أن الموكل لو باع نفسه لا ينفذ بيعه فصار كما لو كاتب أو دبر. وجه ظاهر الرواية: أن هذا التصرف يعجزه عن تنفيذ العقد ولا يعجزه عن عقد يوجب الملك للمشتري، ألا ترى أن الموكل لو باع المرهون والمستأجر وقبضه المشتري يملكه ملكًا فاسدًا إلا أنه لا ينفذ أما في النفاذ إبطال حق الآخر، فإذا لم يقع العجز عن عقد يوجب الملك لا يخرج الوكيل عن الوكالة.

ولو أبق العبد لا ينعزل الوكيل؛ لأن الآبق قابل للبيع وبيعه منعقد متوقف.

ولو باع الوكيل أو الآمر ثم رد بعيب بقضاء فللوكيل أن يبيعه وبغير قضاء لا يبيع؛ لأن الوكالة لم تصر منتهية ببيع أحدهما متى رد بقضاء؛ لأن الرد بقضاء فسخ في حق الكل وعاد إلى قديم ملكه فصار كأنه لم يوجد البيع أصلا فيبقى على وكالته كما لو خرج العبد عن ملكه بالهبة ثم عاد إليه يبقى وكيلا فكذا هذا.

فأما الرد بغير قضاء فسخ في حقهما بيع وشراء جديد في حق ثالث والوكيل ثالث فيعتبر هذا شراء جديدًا في حقه فكأن الوكيل اشتراه ثانيًا.

ولو اشتراه ثانيًا لا يعود وكيلًا؛ لأنه لم يعد إليه عين ما وكل ببيعه؛ لأن الملك مختلف باختلاف سبب الملك فصار كأنه عاد إليه عين آخر حكما بخلاف ما لو وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل أن يهب؛ لأن التوكيل بالبيع أو الهبة لأجل الحاجة وفي البيع الحاجة لم تنتقض لما رد عليه بقضاء؛ لأن حاجته إلى تحصيل الثمن ولم يحصل فكان للوكيل أن يبيع وفي الهبة بالرجوع فيها يتبين أنه لا حاجة له إلى الهبة إذ لو كان محتاجًا لما رجع فيها فكان الرجوع دليلا على نقض الوكالة فرُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا باع الآمر ليس للوكيل أن يبيعه؛ لأن بيعه يمنعه من التصرف فصار كالعزل، فإن رجع بميراث لم يكن للوكيل بيعه؛ لأن السبب قد اختلف.

(المنتقى): مسائله على فصول:

أحدها: في موت الموكل أو تصرفه فيما وكل به قبل بيع الوكيل.

والثاني: فيما إذا تغير ما وكل بشرائه.

والثالث: فيما إذا اتصل به حق.

(فصل)

وذكر محمد رحمه الله في الإملاء: لو وكله بشراء شيء بعينه ودفع المال إليه وأمره أن يوكل غيره ثم مات الموكل فاشترى الوكيل الثاني لزمه دون الوكيل الأول علم به أو لم يعلم، وكذلك وكيل العبد المأذون إذا اشترى بعد حجر المولى لزم الوكيل دون العبد علم به أو لم يعلم؛ لأنه انعزل بموت الموكل الأول وحجر المولى.

ولو وكل المضارب رجلا بشراء عبد ودفع المال إليه ثم مات رب المال أو جن ثم اشترى الوكيل لزم المضارب خاصة كما لو وكل المضارب وكيلا بشراء شيء بعينه من المضاربة ولم يدفع المال إليه ثم تناقضا المضاربة والوكيل لا يعلم فاشترى لزم المضارب.

وفي (**نوادر ابن سماعة**): عن محمد رحمهما الله: إذا قال لغريمه: ادفع مالي عليك إلى فلان فضامن حقه فدفع الآمر ولم يعلم المأمور فدفع المأمور ما أمره لم يجز على الآمر علم أو لم يعلم.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: إن لم يعلم جاز على الآمر فلا يضمن، وإن علم لم يجز على الآمر ويضمن.

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا وكل رجلا بطلاق امرأته ثم طلقها الزوج ثلاثًا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت الوكالة، فإن طلقها واحدة والعدة قائمة فالوكالة بحالها؛ لأنه أمكن تنفيذ ما وكّل به.

(فصل)

وكله أن يشتري له حنطة بعينها فلم يشتر حتى تصير الحنطة دقيقًا أو سويقًا ولم يعلم الموكل خرج من الوكالة، وكذلك لو أمره ببيع بيض أو شرائه فخرج منه فراريخ أو بيع طلع فصار تمرًا أو ببيع عصير أو عنب فصار خلا أو زبيبا أو عصيرا أو ببيع اللبن فصار زبدًا أو سمنًا خرج الوكيل من الوكالة لفوات ما وكل به.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو باع بيضًا على أنه بالخيار ثلاثا فخرج الفرخ منه في الثلث بطل البيع.

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أمره بشراء لبن حليب بعينه فمخض به ثم اشتراه لم يجز على الموكل؛ لأن المقصود من الشراء وهو الأكل قد اختلف، فإن لم يسم حليبًا جاز؛ لأنه يطلق عليه اسم اللبن فقال لبن مخيض ولبن حليب.

ولو أمره ببيع لبن حليب فمخض به ثم باعه جاز وهما مختلفان؛ لأن المحل الذي وكّل ببيعه لم يستهلك فإنما تغيّر وصفه من الحلاوة إلى الحموضة والمقصود من البيع تحصيل الثمن وذلك لا يختلف باختلاف الصفة بخلاف الشراء، فإن المقصود من شراء المأكولات الأكل وذلك يختلف باختلاف الصفة.

ولو أمره بشراء سمك بعينه طريا فاتخذ مالحا ثم اشتراه لم يجز على الآمر ويجوز هذا في البيع كما في اللبن إذا تمخض به.

ولو أمره بشراء سويق بعينه فَلُتَّ بسمن أو زيت أو عسل أو سكر ثم اشتراه لزم الآمر، وكذلك لو أمره بالبيع ففعل الآمر ذلك لم يكن نهيا عن البيع؛ لأن المحل قائم لم يستهلك، ولو أمره بشراء سمسم بعينه فربى لم يجز شراؤه؛ لأن المقصود قد اختلف ولو كان هذا بيعًا جاز.

وقد اختلفت الرواية في الحيوان؛ قال في (**الزيادات**): لو وكّله ببيع هذا الحمل فلم يبع حتى صار كبشا أو ببيع وصيفة فبلغت فالوكالة على حالها؛ لأن الحيوان بالكبر لا يصير في حكم جنس آخر، ألا ترى أنه لا تبطل به الوصية ولا ينقطع به حق المغصوب عن العين.

وعن أبي يوسف رحمه الله إملاء: لو أمره ببيع وصيفة فصارت عجوزًا تبطل الوكالة.

ولو أمره أن يشتري كبشًا فاشترى نعجة لم يلزمه؛ لأن الكبش عبارة عن الذكر والنعجة هي الأنثى فكان غير ما نص عليه، وكذلك لو أمره أن يشتري عناقا فاشترى جديًا.

(فصل)

ولو أمره بشراء دار بعينها وهي أرض بيضاء فنبتت فاشتراها الوكيل لم يجز، وإن كانت منبتة فزاد فيها حائطًا أو حصصها أو طينها لزم الآمر فكذلك الوكالة بالبيع، ولو قال: اشتر هذه الأرض البيضاء أو هذا القراح، أو قال له: بعه لي فغرس نخلا أو شجرًا أو بنى دارًا أو حمامًا أو حانوتًا أو جعلها بستانًا لا يجوز ذلك على الآمر في البيع والشراء، وكذلك لو زرع حنطة أو غرس كرمًا.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو زرع لم يكن عزلا.

(باب عزل الوكيل)

(**المبسوط**): وعزل الوكيل لا يصح بدون علمه، وعزل الوصي عن الوصاية جائز من غير علمه. والفرق أن جواز تصرف الوصي لا يفتقر إلى علمه بكونه وصيًا،

فإنه ذكر في (الجامع الصغير): لو قال: جعلت فلانًا وصيًا ومات ثم باع فلان تركة الميت وقضى دينه ولم يعلم بالوصية جاز فكذلك في إخراجه عن الوصية لا تفتقر إلى علمه وتصرف الوكيل يفتقر جوازه إلى علمه بكونه وكيلا حتى لو وكل فلانًا فتصرف في ماله قبل علمه بكونه وكيلا، وكذلك عزله افتقر جوازه إلى علمه به وذلك أنه لو صح العزل بدون علمه يقع في غرر وضرر؛ لأنه عسى يتصرف في المال المدفوع إليه ويسلم عينًا أو قبض المال الموكل بقبضه على حسبان أنه وكيل ثم يظهر أن تصرفه وقبضه ونقله كان بغير إذن فصار ضامنا فتضرر ودفع الضرر واجب وصار كنهي المأذون لا يصح إذا لم يشعر العبد بذلك دفعا للضرر عنه بأن يرتكب ما نهي عنه فيؤاخذ به فكذلك نهي الوكيل عما أمر به، وكذلك لو عزل الوكيل نفسه لا يصح بدون علم الموكل خلافًا للشافعي؛ لأن الوكالة عقد تم بهما وفي فسخ أحدهما بدون الآخر نوع ضرر بالآخر؛ لأنه تعلق به حق كل واحد منهما وفي الفسخ إبطاله، ولو عزل الوكيل بالخصومة بغير محضر الخصم، فإن كان وكيل الطالب يصح عزله؛ لأن الحق في هذا التوكيل للطالب على الخلوص؛ لأنه يعمل للطالب ويعينه على الخصومة ولا حق للمطلوب في الخصومة مع الموكل حتى لو ترك الطالب خصومته لم يكن للمطلوب أن يجيزه على ذلك فبالعزل يبطل حق نفسه فصح، وإن كان وكيل المطلوب أن وكله بالتماس الطالب بأن أخذه الطالب حتى أعطاه وكيلا يخاصم معه لا يصح عزله إلا بمحضر من الخصم؛ لأنه يتضمن إبطال حق الطالب في الخصومة أصلا؛ لأنه لا يمكنه مخاصمة الوكيل متى صح العزل وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب فيفوت حقه في الخصومة وإنه حق مستحق له فلا يجوز عزله إلا بحضرة الطالب، وإن وكله من غير التماس الطالب يصح عزله؛ لأن الخصومة مع الوكيل لا تصير مستحقة إلا إذا وجد منه طلب التوكيل فقبل الطلب بقيت الخصومة مستحقة على المطلوب بخلاف الراهن لا يملك عزل العدل المسلط على بيع الرهن عند محل الأجل بحضرة المرتهن إلا برضاه؛ لأن البيع لما شرط في الرهن صار حقًّا مستحقًّا للمرتهن كالرهن فكما لا يملك فسخ الرهن لا يملك عزله عن البيع.

(الفتاوى): رجل أراد سفرًا فأرادت امرأته أن يوكل وكيلا بطلاقها إن لم يجئ إلى وقت كذا ففعل ثم كتب إلى الوكيل بأني قد أخرجتك من الوكالة هل يصح عزله؟ قال نصير بن يحيى: يجوز عزله، وقال محمد بن مسلمة: لا يصح عزله وهذه فروع من مسألة أخرى، وهو أن الزوج إذا لم يحضر الوقت المشروط هل يجبر الوكيل على التطليق قال محمد بن سلمة: لا يجبر؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل وهو الزوج والزوج لا يجبر على التطليق إذا كان حاضرًا إلا بسبب العنة فكذا الوكيل، وإذا لم يجبر الوكيل على التطليق فلم يتضمن عزل الزوج إبطال حق مستحق للمرأة فصح وقال نصير بن يحيى: يجبر على التطليق؛ لأنه كان للمرأة أن ترافع زوجها إلى القاضي ليقضي عليه بالنفقة حتى لا يبطل حقها في النفقة في الماضي وهذا حق مستحق للمرأة قبل الزوج وإنما تركت ذلك وخلت سبيل الزوج ليطلقها الوكيل متى لم يحضر الزوج إلى الوقت المشروط فتتزوج بآخر فتصل إلى حقها في النفقة من جهة زوج آخر فصار التطليق حقا مستحقا لها قبل الوكيل بدلا عن القضاء بالنفقة فصار كما لو أعطى المطلوب وكيلا بالتماس الطالب، ولو وكل آخر في شيء وكالة من مرسلة، ثم قال له كلما عزلتك فأنت وكيلي في ذلك وكالة مستقبلة، ثم قال عزلتك في تلك الوكالات كلها، فإنه ينعزل عن الوكالة المرسلة. وهل ينعزل عن الوكالة المعلقة؟ قال نصير بن يحيى: إنه ينعزل وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله، وقال محمد بن مسلمة: لا ينعزل وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمهما الله فهذا بناء على أن الوكالة متى كانت معلقة بالشرط فعزل الموكل الوكيل قبل وجود الشرط يصح العزل عند محمد رحمه الله حتى لا يصير وكيلا متى وجد الشرط وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح العزل حتى يصير وكيلا متى وجد الشرط؛ لأن الوكالة قبل وجود الشرط غير ثابتة فلا يصح العزل قبل وجودها كما قبل التوكيل، لمحمد أنه انعقد سبب ثبوت الوكالة فيصح العزل بعد وجود السبب قبل أن يصير وكيلا كالإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنافع يصح؛ لأنه وجد بعد وجود سبب وجوب الأجرة وهو الإجارة، وإن لم تجب الأجرة فكذا هذا، ولو وكل المطلوب وكيلا بالخصومة على أن للوكيل أن يوكل غيره ثم حجره عن توكيله غيره

بغير محضر الطالب أو قال أخرجتك من الإقرار إن أقررت فلا يجوز عليّ يجوز حجره عند محمد رحمه الله؛ لأن الوكيل إنما يتصرف بالتفويض ليس على المطلوب تفويض توكيل غير الوكيل إليه ولا يفوض الإقرار إليه وإنما هو شيء تطوع به فيملك الحجر عنه بدون محضر الطالب كالعبد مع المولى، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح حجره إلا بمحضر الطالب؛ لأن الأمر إذا تم باثنين لا يستند أحدهما بإبطاله كسائر العقود.

هشام عن محمد رحمهما الله: لو قال لآخر: إنك وكيلي في اقتضاء ديني فوكل من شئت فوكل رجلا فللوكيل أن يخرج وكيله، ولو قال: أنت وكيلي في اقتضاء ديني فوكل فلانًا بذلك لم يكن للوكيل أن يخرج الثاني من الوكالة؛ لأنه بمنزلة الرسول، ولو قال له: وكّل فلانًا إن شئت فوكله فللوكيل أن يخرجه؛ لأن في الأولى والأخيرة ملكًا من الوكيل توكيل غيره؛ لأنه سوّغ له أن يوكل ويفوض إلى غيره على حسب إرادته ومشيئته فالمالك إنما يتصرف بحكم الإرادة والمشيئة كما في تفويض الطلاق يملك عزله وفي الثاني جعله رسولا؛ لأنه لم يفوض إليه بحكم المشيئة وليس للرسول ولاية العزل.

(باب رد الوكيل أو الموكل المبيع بالعيب)

(**الجامع**): وللوكيل بالشراء أن يرد المبيع بالعيب عند غيبة الآمر، وإن سلم المبيع إلى الآمر فليس له أن يرده وقد مرت في كتاب البيوع، فإن رد ورجع الآمر وادعى الرضا يرد الجارية عليه وتكون عهدة البائع على الآمر دون الوكيل؛ لأن البائع إذا صدق الآمر فيما ادعى من الرضا ثبت الملك للآمر في الجارية بتصادقهما فصار تصادقهما على ذلك بمنزلة بيع مستقبل في حق ما بينهما في حق الوكيل وصار الآمر في حق الوكيل كأنه اشترى الجارية مستأنفا من البائع فتكون العهدة عليه؛ لأن الفسخ صح من حيث الظاهر وبرئ الوكيل عن العهدة وتصادقهما لا يقبل على الوكيل في إعادة العهدة إليه بعدما برئ عنها، فإن كان المشتري أخذ الثمن من البائع وهلك عنده هلك من مال المشتري ورد المشتري الثمن من ماله

على الآمر فالآمر يدفع الثمن من ماله إلى البائع فيأخذ الجارية وخرج المشتري عن عهدته؛ لأن الوكيل زعم أن الفسخ بالرد بالعيب قد صح؛ لأن الآمر لم يرض بالعيب ولكن الوكيل لا يصدق على الآمر فلم يصح الفسخ والرد بالعيب في حقه فصار الوكيل قابضا الثمن لنفسه لا للآمر فيصير مضمونا عليه للآمر والآمر يدفع الثمن من ماله؛ لأنه مشتريا مستأنفا، ولو أن المشتري بعد الإنكار ورد القاضي على البائع أقر برضاء الآمر فالبائع إن شاء صدقه، وإن شاء لا؛ لأنه وجد من الوكيل إقراران متناقضان فبالمناقضة يمنع صحة الكلام فيما له فلا يمنع فيما عليه فيتخير البائع في تصديق أيهما شاء، فإن صدقه بالإقرار بالرضا ردت الجارية على المشتري ثم قدم الآمر فأنكر الرضا فالجارية للمشتري وعليه الثمن للآمر؛ لأن القول للآمر أنه لم يرض بالعيب فصح رد القاضي بالعيب وصارت الجارية للبائع ثم صارت للوكيل آخرًا ببيع مستأنف فيصير ذلك بمنزلة شراء جديد من الوكيل في حق الآمر فينفذ على الوكيل وعليه الثمن، فإن أقر بالرضا كانت له لأنهم تصادقوا أن الآمر رضي بهذا العيب فقد تصادقوا على أن القضاء بالرد لم ينفذ باطنا وأن الجارية باقية على ملك الآمر بالبيع السابق والحق في الجارية فيما بينهم لا يعدوهم فكانت الجارية للآمر، ولو أن البائع لم يصدق الوكيل أولا ثم رجع الآمر وادعى الرضى وردّ تكون العهدة على الوكيل؛ لأن الوكيل أقر بأن الآمر رضي بالعيب والفسخ لم يصح، فإن البيع الأول قائم. الوكيل بالشراء اشترى جارية ونقد الثمن من مال الآمر ثم كانت الجارية في يد المشتري ثم استحقت، فإن شاء المستحق ضمن المشتري قيمتها، وإن شاء ضمن البائع ولا يضمن الآمر؛ لأن البائع غاصب والمشتري غاصب الغاصب والآمر لم يقبض الجارية بيده فلم يصر غاصبًا لها، فإن اشترى بنفسه ووكل غيره بالقبض يضمن القابض أيضا؛ لأنه صار غاصبا بالقبض بغير حق ولو لم تمت الجارية ولكن أبقت فضمن المستحق المشتري ثم ظهرت كانت للمشتري؛ لأن البيع قد انفسخ لما اختار المستحق تضمين المشتري فاقتصر الضمان وتقرر على المشتري؛ لأنه لا يرجع على غيره وبالضمان ينتقل الملك إلى من يقتصر الضمان عليه. الوكيل بالبيع باع وسلم ثم جاء مستحق فله أن يضمن أي

الثلاثة شاء؛ لأن قبض الوكيل الثمن في البيع يكون للموكل؛ لأنه ليس له جنس الثمن فصار للوكيل في قبض الثمن عاملا للموكل؛ لأنه إنما ملك قبض الثمن لكونه ملكا للبائع فكان نائبا محضا في قبض الثمن فكان قبضه واقعا للموكل من كل وجه فصار الآمر غاصبا بقبض نائبه.

كتاب الكفالة

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الكفالة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها، وأنواعها.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾ [يوسف: ٧٢] والزعيم هو الكفيل في متعارف الشرع ومتعاهد الناس.

أما متعاهد الشرع قال عليه السلام في خطبته: "وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ[(١)]"[(٢)] وأراد به الكفيل.

وفي متعاهد الناس واستعمالهم يسمى رئيس القوم زعيمهم؛ لأنه يتكلم عنهم وينوب عنهم في نوائبهم وأمكن حمله على الكفالة؛ لأن المنادي قال للعير الملك يقول لكم ولمن جاء به حمل بعير وأنا كفيل بذلك فتكون كفالة عن الملك لا عن نفسه؛ لأن المنادي يكون رسولا من جهة الملك والرسول بالاستئجار يصلح

---

(١) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: الْغَارِمُ الَّذِي يَلْزَمُ مَا ضَمِنَهُ وَتَكَفَّلَ بِهِ وَيُؤَدِّيهِ، وَالْغُرْمُ أَدَاءُ شَيْءٍ لَازِمٍ ، وَالْمَعْنَى أَنَّهُ ضَامِنٌ، وَمَنْ ضَمِنَ دَيْنًا لَزِمَهُ أَدَاؤُهُ. تحفة الأحوذي - (ج٣/ ص٣٧١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧٢٧٧ و١٤٧٦٧ و١٤٧٩٦ و١٦٣٠٨ و١٦٦٢١) مطولا ومختصرا. و«ابن أبي شيبة» ٤/٤١٥: ٢ (١٧٩٨٤) و٦/١٤٥ (٢٠٩٤٠) و٦/٥٨٥ (٢٢٥٢١) و٧/٢٠٠ (٢٣٢٩٥) و٨/٥٣٨ (٢٦٦٣٤) و١١/١٤٩ (٣١٣٥٩) مفرقا. و«أحمد» ٥/٢٦٧ (٢٢٦٥٠) قال: حدثنا أبو المغيرة. و«ابن ماجه» (٢٠٠٧ و٢٢٩٥ و٢٣٩٨ و٢٧١٣) مفرقا قال: حدثنا هشام بن عمار. وفي (٢٤٠٥) قال: حدثنا هشام بن عمار، والحسن بن عرفة. و«أبو داود» (٢٨٧٠ و٣٥٦٥) قال: حدثنا عبد الوهاب بن نجدة الحوطي. و«الترمذي» (٦٧٠) قال: حدثنا هناد. وفي (١٢٦٥ و٢١٢٠) قال: حدثنا هناد، وعلي بن حجر. و«عبد الله بن أحمد» ٥/٢٦٧ (٢٢٦٥١) قال: حدثني يحيى بن معين.

تسعتهم: (عبد الرزاق بن همام، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأبو المغيرة الخولاني، وهشام بن عمار، والحسن بن عرفة، وعبد الوهاب، وهناد بن السري، وابن حجر، وابن معين) عن إسماعيل بن عياش، قال: حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، فذكره.

أن يكون ضامنا بالأجر عن المرسل ولقوله عليه السلام: "**والزعيم غارم**" أي الكفيل ضامن، ولأن الكفالة عقد وثيقة وتوكيد ليتوصل المكفول له إلى إحياء حقه وتحقيق مقصوده؛ لأنه ربما يعجز عن الوصول إلى حقه من الأصيل فيحتاج إلى أن يستوثق بكفيل حتى يطالب به كفيله عند العجز عن مطالبة الأصيل فصحت الكفالة دفعا للحاجة.

وأما تفسيرها: فالكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه وقال عليه السلام: "**أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين**" وقرب بين إصبعيه[1]، وأراد به من ضم اليتيم إلى نفسه لحفظه وتربيته.

وفي الشريعة: عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق التزام المطالبة توثيقا.

وأما ركنها: فعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله فقول الكفيل كفلت لك بما لك على فلان وقول المكفول له قبلت فالركن هو الإيجاب والقبول جميعًا، وعند أبي يوسف الركن هو الإيجاب وهو قوله كفلت فالقبول ليس بشرط وهذا بناء على أن الكفالة عند التزام المطالبة للحال لا غير وعندهما التزام المطالبة للحال وإيجاب الملك من المؤدي عند الأداء لما يأتي، وأما شرطها على الخصوص فلكون المكفول به مضمونا على الأصيل وهو مقدور التسليم للكفيل؛ لأن الكفالة لالتزام المطالبة بما على الأصيل فلا بد أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل

---

(١) أخرجه «البخاري» ٧/٥٣ (٥٣٠٤) قال: حدثنا عمرو بن زرارة، قال: أخبرنا عبد العزيز بن أبي حازم. وفي ٨/٩ (٦٠٠٥)، وفي «الأدب المفرد» (١٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثني عبد العزيز بن أبي حازم. و«أبو داود» (٥١٥٠) قال: حدثنا محمد بن الصباح بن سفيان، قال: أخبرنا عبد العزيز، يعني ابن أبي حازم. و«الترمذي» (١٩١٨) قال: حدثنا عبد الله بن عمران، أبو القاسم المكي القرشي، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم. و«أبو يعلى» (٧٥٥٣) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا ابن أبي حازم. و«ابن حبان» (٤٦٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا ابن أبي حازم.
كلاهما: (يعقوب بن عبد الرحمن، وعبد العزيز بن أبي حازم) عن أبي حازم، سلمة بن دينار، فذكره.

ليكون مطالبا بذلك فيلزم الكفيل بالكفالة المطالبة ولا بد أن يكون مقدور التسليم لتفيد فائدتها ومن شرطها أن يكون الدين صحيحا سواء كان على الصغير أو العبد المحجور؛ لأنه يطالب به نفذ العتق حتى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة؛ لأنه ليس بدين صحيح؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده شيئًا وإنما وجب مخالف للقياس لضرورة صحة الكتابة نظرا للعبد حتى يتوصل إلى العتق، ومن شرطها أن يكون الكفيل فيمن يصح تبرعه؛ لأن الكفالة عقد تبرع ابتداء فلا يصح ممن لا يصح منه التبرع كالصبي والعبد وأما **حكمهما**: فضرورة ذمة الكفيل مضمومة إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة دون أصل الدين، وقال الشافعي: حكمها وجوب الدين على الكفيل فيصير الدين الواجب في حكم دينين أو تصير ذمتان في حكم ذمة واحدة.

والصحيح قولنا؛ لأن جعل السنن في حكم شيء واحد خلاف الحقيقة فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ولا ضرورة هنا؛ لأنه أمكن أن يجعل الذمة مضمومة إلى الذمة في حق المطالبة فيتعذر حق المطالبة مع اتحاد الدين وليس من ضرورة لزوم المطالبة على الكفيل وجوب الدين، عليه؛ لأن المطالبة قد تنفصل عن وجوب الدين، ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بأصل الثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وسقطت المطالبة عن الوكيل وهذا؛ لأن المطالبة وجودا لا تتصور إلا بعد وجود أصل الدين فأما استحقاقا فيقبل الفصل عنه كالبناء لا يقبل الفصل عن العرصة وجودا، ولهذا لو أبرأ صاحب الدين الكفيل لا يرتد برده؛ لأنه إسقاط مجرد المطالبة دون الدين، ولو أبرأ الأصيل يرتد برده؛ لأنه أبرأ عن الدين، فإنه تمليك من وجه إسقاط من وجه لما عرف إلا إذا أدى الكفيل الدين أوجبنا الدين عليه قبيل الأداء لضرورة أن يرجع بما أدى عن الأصيل ليملك الدين بالأداء لتملكه الرجوع على الأصيل كما تبين.

(باب ما تقع به الكفالة وما لا تقع)

(المبسوط): الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة نوعان: صريح وكناية. الصريح: كقول الكفيل: كفلت أو ضمنت أو عليّ أو إليّ أو أنا زعيم أو قبيل أو ضمين أو

قال لك عندي هذا الرجل أو قال عليّ أن أوافيك به أو عليّ أن ألقاك به أو دعه إليّ فهو كفالة؛ لأن هذه الألفاظ مستعملة في الكفالة مفصحة فيها؛ لأن لفظة الكفالة والضمان والقبالة تنبني على معنى واحد وهو الالتزام، والزعيم هو الكفيل لغة لما بينا وعلى كلمة إيجاب وإلي وعليَّ لفظان يستعملان في الكفالات، قال عليه السلام: "**مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، ومن ترك كلًّا وعيالا فهو إلى الله ورسوله**"(١). وفي بعض الروايات: "**على الله ورسوله**".

ولو قال الرجل: ما بايعت فلانا فهو عليّ جاز؛ لأنه أضاف الكفالة إلى سبب الوجوب وهو المبايعة والمداينة والكفالة المضافة إلى وقت في المستقبل جائزة لتعامل الناس في ذلك، وذكر أن كلمة ما والذي كلمة عامة فيلزمه بكل مرة.

ولو بايعه مرارًا وكلمة ما، وإذا وأن لا تقع إلا على مرة وهي الأولى لما بينا في كتاب الإيمان.

ولو رجع عن الكفالة قبل المبايعة لا يلزمه شيء وإن باع؛ لأن الكفالة مبنيَّة على ما هو غير لازم وهو المبايعة والمداينة، فإنه قال إن بايعته أو داينته اليوم فهو عليّ والمبايعة والمداينة غير لازمة فكذا ما ينبني عليها؛ لأن المبني على الشيء كالبيع له وحكم البيع لا يفارق حكم الأصيل. قال: من بايع فلانا فهو عليّ لم يلزمه شيء.

وكذلك لو قال: لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم عليّ صح في حق المخاطبين دون غيرهم لأنهم مجهولون وجهالة المكفول له مانعة صحة الكفالة والكفالة الفاسدة لغير المخاطبين، فإن كانت مشروطة في كفالة المخاطبين إلا أن الكفالة لا تبطلها الشروط الفاسدة على أنها غير مشروطة فيها بل هي معطوفة عليها،

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٣٩٨) و١٩٣/٨ (٦٧٦٣) قال: حدثنا أبو الوليد. و«مسلم» ٦٣/٥ (٤١٦٨) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي. وفي (٤١٦٩) قال: وحدثنيه أبو بكر بن نافع، قال: حدثنا غندر (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن، يعني ابن مهدي. و«أبو داود» (٢٩٥٥) قال: حدثنا حفص بن عمر.

ستتهم: (محمد بن جعفر غندر، وبهز بن أسد، وأبو الوليد، هشام بن عبد الملك الطيالسي، ومعاذ بن معاذ العنبري، وابن مهدي، وحفص) قالوا: حدثنا شعبة، عن عدي بن ثابت، قال: سمعت أبا حازم، فذكره.

فإنه قال وغيركم والمعطوف على عقد لا يعتبر مشروطا فيه، كما لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم وأجرت منك هذه الدار شهرا بعشرة دراهم لا يفسد البيع ولا تعتبر الإجارة مشروطة في البيع حتى تصير صفقتان في صفقة.

(المنتقى): ولو قال الرجل: ضمنت لك ألف درهم على أن لا أؤديها إليك فهو باطل.

ولو قال: عليّ أن لا أؤديها إليك حياتي فهو جائز ويأخذها بعد موته من ميراثه؛ لأنه بالكفالة التزم المال، وبقوله على أن لا أؤدي بها إليك في حياتي طلب منه تأجيل الأداء إلى ما بعد الموت فيلزمه المال بالتزامه وبتأجيل الأداء إلى ما بعد موته بتأجيل الطالب. رجل له على رجل ألف درهم ومائة دينار حالّة فقال أخرت الألف عليك شهرا على أن تجعل لي كفيلا بالدنانير فهو جائز.

ولو قال: أؤخر عنك على أن تكفل لي بنفس فلان فهو باطل، لأنه يأخذ بنفس الكفالة جعلًا. رجلان في سفينة انتهيا في مكان قليل الماء فقال أحدهما لصاحبه ألق متاعك في الماء على أن متاعي بيني وبينك فهو فاسد ويضمن لصاحبه نصف قيمة متاعه؛ لأنه أمره بإلقاء المتاع وإتلافه كشرط الضمان عليه؛ لأنه مشروط له نصف ملك متاعه وتعليق التمليك بالشرط لا يصح فبقي ضامنا له نصف قيمة متاعه.

وإن قال للطالب: قد ضمنت لك مالك على فلان أن أقبضه منه وأدفعه إليك لم يكن هذا ضمانا للمالك وإنما هذا على أن يتقاضاه له ويدفعه إليه وعلى هذا معاني كلام الناس.

ولو قال للمغصوب منه: أنا ضامن لما أخذه الغاصب منك فأدفعه إليك قال يلزمه ذلك ولا يشبه هذا الدين؛ لأن الدين يجري فيه التقاضي عرفا، فإذا قرن القبض بالدين ودفعه إليه دل ذلك على أنه أراد به التقاضي دون الكفالة، فأما المغصوب عين مضمونة واجب التسليم، فإذا أضاف الضمان إليه يلزمه ولا يراد به التقاضي عرفا.

ولو قال الطالب للمطلوب: أحلني على فلان بمالي على أنك لذلك ضامن ففعل

فهو جائز وله أن يأخذ أيهما شاء وهذا بمنزلة الكفالة ولا يبرئ الأصيل؛ لأن الحوالة بشرط الضمان على الأصيل تنقلب كفالة. رجل قال قد ضمنت لك هذا وإن سبب هذا فإنه يضمن الأول.

(فصل)

رجل كفل بنفس رجل وبما عليه والطالب غائب، وقيل عنه: فضولي ثم قدم الغائب فرضي جاز؛ لأنه قد خاطبه محابيًا وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل إجازة الطالب، وليس للمخاطب أن يخرجه من الكفالة حتى يحضر الطالب؛ لأن المخاطب لا يلحقه ضرر العهدة بإجازة الطالب فلا يملك فسخها كالفضولي في عقد النكاح لا يملك فسخه ولا كذلك البيع والكفيل يلحقه ضرر العهدة والمطالبة فلم تلزم الكفالة في حقه قبل الإجازة دفعا للضرر عنه.

ولو كان المخاطب وكيلا للطالب كانت الكفالة لازمة لا يقدر أن يرجع عنها؛ لأن الوكيل بقبض الدين يملك الكفالة فانعقدت لازمة.

ولو كفل بالمال بغير أمر المكفول عنه والمكفول له فرضي المكفول عنه ثم رضي المكفول له جازت.

ولو أداه المال رجع به على المكفول عنه؛ لأن الإجازة اللاحقة كالأمر السابق بالكفالة.

ولو رضي المكفول له أولا وأدى المال لا يرجع على المكفول عنه لكن رجع المال على الكفيل؛ لأن بإجازة المكفول له أولا صارت الكفالة نافذة لازمة ولزم المال الكفيل فلا يتغير حكمها بإجازة المكفول عنه والله تعالى أعلم.

(باب الكفالة بالديون والأعيان المضمونة)

(المبسوط): أصله: أن الكفالة بما هو مضمون على المكفول عنه ويمكن استيفاؤه من الكفيل يصح سواء كان المكفول به دينًا أو عينًا أو عملًا وبما ليس بمضمون عليه أو مضمون عليه ولكن لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح كخياطة رجل

بعينه وخدمة عبد بعينه؛ لأن الكفيل بالكفالة يتحمل ما على الأصيل ويلزمه اتقاؤه، فإذا لم يكن على الأصيل شيء لا يجوز التحمل عنه، ولهذا لو طرأ براءة الكفيل على الكفالة رفعتها، فإذا قارنت ثبوتها منعتها؛ لأن المنع أسهل من الرفع ومتى تعذر استيفاء المكفول به من الكفيل لا تفيد الكفالة فائدتها؛ لأنها شرعت لاستيثاق المكفول به ليوجد الكفيل به متى عجز عن استيفائه من الأصيل المكفول به أنواع الديون والأعيان والأعمال أما الكفالة بالديون صحيحة لحاجة العباد إلى استيثاق الديون واستوكاده وصاحب الدين بالخيار إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل ولا توجب براءة الأصيل وقال ابن أبي ليلى توجب براءة الأصيل كالحوالة.

والصحيح قولنا؛ لأن الكفالة تنبني عن الضم فتقتضي انضمام ذمة الكفيل إلى الأصيل في حق الدين وإنما يصير الكفيل منضما إلى الأصيل في حق الدين إن لو بقي الدين في ذمة الأصيل ويطالب به الكفيل والأصيل جميعا ولأن الكفالة لتوثيق الدين وتوكيده، ولو اقتضت الكفالة انتقال الدين إلى الكفيل ما يصور التوثيق والتأكيد فيجب أن تثبت له ولاية مطالبة كل واحد منهما حتى يصل إليه الدين فيحقق معنى التوثيق ومعنى الضم وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بخلاف غاصب الغاصب إذا اختار تضمين أحدهما يبرأ الآخر؛ لأن هناك الضمان واجب على كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما غاصب ومتلف في حقه، أما هنا الدين واجب على الأصيل؛ لأنه هو المتدين وليس بواجب على الكفيل؛ لأنه ليس بمدين بل هو ضام نفسه إلى الأصيل في حق بوجه المطالبة بالدين بطريق التوثيق لا بالانتقال للدين لما ذكرناه. ويجوز الكفالة بالأجرة دراهم كانت أو عبدا أو ثوبا؛ لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل، فإن عجل الكفيل الدراهم لم يرجع على المستأجر؛ لأنه إنما يتحمل عن الأصيل مثل ما كان عليه وعليه دين مؤجل فيلزم الكفالة كذلك وهو في التأجيل تبرع فصح تبرعه عليه لا على الأصيل وأمكن استيفاؤه من الكفيل وأما الكفالة بالأعيان فهي أنواع ثلاثة: **أحدها**: الكفالة بعين هي غير مضمونة بنفسها لو هلكت كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلا؛ لأن الكفالة تحصيل ضمان على الأصيل ولم يوجد المستعير، **والثاني**: الكفالة بعين

هي أمانة ولكن واجب التسليم كالجارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بتسليم الغير وردها لا بعينها حتى لو هلكت لا يجب على الكفيل قيمة الرد؛ لأن الرد والتسليم مضمون واجب على المستعير والمستأجر فقد كفل بما هو مضمون التسليم فصح **والثالث**: الكفالة بالعين المضمونة لغيره كالمبيع قبل القبض والمرهون مضمون بالثمن والدين ذكر في الأصل لا تصح الكفالة بالرهن مطلقًا؛ لأن الرهن أمانة عند المرتهن وليس بمضمون عليه لكن يصير مستوفيا لدينه عند هلاكه ولأن الكفالة بتسليم الرهن للراهن لا تصح؛ لأن رد الرهن غير واجب على المرتهن بعد قضاء الدين حتى كان مؤونة الرد على الراهن كما في الوديعة والكفالة بالمبيع قبيل القبض يصح؛ لأن تسليم المبيع مضمون على البائع متى نقد الثمن.

وذكر القدوري في شرحه: تصح الكفالة بتسليم الرهن؛ لأن تسليم الرهن مستحق على المرتهن متى قبض دينه كما في تسليم المبيع. **والرابع**: الكفالة بالعين المضمونة بالقيمة كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء يصح ويجب عليه تسليم العين ما دامت قائمة وتسليم قيمتها إذا هلكت. أوصى لرجل بما في بطن أمته وللآخر بالأم فأخذها صاحب الولد بدون أمر الآخر وأعطى بها كفيلا جازت؛ لأن ردها مضمون على الموصى له بالولد وكان بمنزلة ما لو كفل برد العارية، ولو كان أخذها بإذنه لا تصح الكفالة؛ لأنها أمانة عنده والكفالة بالأمانة باطلة، ولو أخذها صاحب الأمة وأعطى كفيلا بالولد لا يجوز؛ لأن الموصى له بالأمة له حق قبض الجارية، والغاصب لو أخذ الجارية لا يصير ضامنا للولد فالموصى له بالجارية أولى أوصى برقبتها لرجل وبخدمتها لآخر والمسألة بحالها صحت كفالة صاحب الرقبة فصار كما لو كفل برد العارية وأمانة عند الخدمة، ولو ماتت في يده لم يضمن الكفيل قيمتها وبرئ من الكفالة؛ لأن الوصية بالخدمة انتهت نهايتها فبرئ الموصى له بالرقبة على الرد فيبرأ الكفيل أيضًا كما لو هلكت العارية في يد الأصيل برئ الكفيل فكذا هي. وأما الكفالة بالأعمال استأجر دارًا بخدمة عبد بعينه لم تجز الكفالة بها؛ لأنه كفل بما هو مضمون لا يمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأن الإجارة وردت على خدمة عبد بعينه وخدمة غيره لا يقوم مقام

خدمته، ولهذا انتقضت الإجارة بهلاك العبد، وكذلك لو كفل بالخياطة بيد الخياط لم يجز؛ لأن خياطة الكفيل لا تقوم مقام خياطته، ألا ترى لو خاط تلميذه لا يستحق أجرًا وإن كفل تسليم العبد جازت الكفالة؛ لأنه كفل بما هو مضمون التسليم على الأصيل ويقدر الكفيل على إيفائه، فإن خاطه الكفيل يقوم مقام خياطته، ألا ترى لو خاط تلميذ هذا الخياط استحق الأجر؛ لأن المستحق عليه مطلق الخياطة لا خياطة بعينها، فإن فعل الكفيل يرجع على المكفول عنه بأجر مثل ما عمله بالغا ما بلغ؛ لأن له أن يرجع على الكفيل عنه بمثل ما كفل به إن كان مثليًا وبقيمته إن لم يكن مثليًا؛ لأن قيمة العمل أجر المثل. رجل دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم تجز الكفالة ولو لم يشترط عليه بنفسه جازت لما بينا، فإن مات الخياط برئ الكفيل رجل ضمن لامرأة بنفقة كل شهر عن زوجها ثم أراد أن يرجع عند كمال الشهر ليس له ذلك، ولو ضمن بالأجرة في إجارة كل شهر فله أن يفسخ ضمانه عند رأس الشهر، ولو قال: أنا ضامن لما يجيء عليك فلان لم يكن له أن يرجع قبل المتابعة؛ لأن له ألا يتابعه.

ولو أقرض رجلا شاة وقبضها فاستهلكها فضمنها رجل عنه لم يلزمه الضمان؛ لأنه ليست عليه شاة، ألا ترى إن رجل ذبح شاة لرجل فأكلها ثم ضمن رجل تلك الشاة لم يكن عليه ضمان؛ لأنه أنمى له قيمتها. رجل ضمن عن رجل مائة شاة، قال أبو حنيفة رحمه الله: الضمان باطل إلا أن يعلم أنه ضمن كفالة مهر.

وقال أبو يوسف: هو جائز في الغصب والمهر.

رجل قال لامرأة: إن زوجك قد طلقك بائنة وتزوجتك على ألف درهم وصدقته وضمن لها المهر ثم جاء الزوج وأنكر، قال أبو يوسف: الألف لازمة الضامن ما لم ينكر الزوج، فإذا أنكر بطل الضمان، وكذلك هذا في البيع. استأجر دارًا ليسكنها أو أرضا يزرعها وكفل بالزراعة أو السكنى لا يجوز؛ لأن السكنى والزراعة غير مضمون على الأصيل وهو المؤاجر فلأنه تعذر استيفاؤه من الكفيل؛ لأنه متى وقع العجز عن السكنى في هذه الدار لا تقوم بسكنى دار أخرى للكفيل مقامه كفل بالحمولة وأراد غير الإبل جاز.

ولو أراد الحمل على هذه الإبل لم يجز؛ لأن تسليم الحمولة على أي صفة كانت يمكن حال ما يجب تسليمه على الكفيل وأما استيفاء الحمل على الحمولة بعينها لا يتصور من الكفيل متى تعذر استيفاؤها من هذه الحمولة لمرضها أو لغصب غاصب؛ لأن دابة أخرى لا تقوم مقامها، ولهذا انتقضت الإجارة بهلاكها فصار كالكفالة بخدمة عبد أو بخياطة رجل بعينه، ولو كفل بالحمل مطلقًا يصح؛ لأن الكفيل يقدر على إيفاء حمل مطلق وهو الحمل على أي دابة شاء.

(باب ما تجوز به الكفالة وما لا تجوز)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الكفالة بالنفس.

والثاني: في الكفالة بالمال.

(فصل)

كفل برجل غائب أو محبوس يجوز؛ لأنه كفل بحق واجب على الأصيل وهو تسليم نفسه وهو مقدور التسليم؛ لأنه يعرف مكانه فيمكنه أن يذهب ويأتي به ويمكنه أن يؤدي ما على المحبوس ويخلصه من السجن وقد صدر الإيجاب والقبول من اثنين فصحت الكفالة. كفل بنفس أو بمال والطالب غائب لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز قبل عبده موقوفة كالفضولي إذا زوج غائبة من غائب ينعقد موقوفا على إجازتهما عنده فكذا هذا وقيل نافذة وهي الأصح، ولو قبل عنه غيره جاز بالإجماع لأبي يوسف أن الكفالة ليست بتمليك مال؛ لأنها تمليك مطالبة ومجرد المطالبة ليس بمال، ولهذا لو أبرأ الكفيل لا يرتد بالرد؛ لأنه إسقاط محض وتمليك ما ليس بمال ثم يتم بالمباشر وحده كإبراء الدين.

لهما: أن الكفالة تمليك وليس بإسقاط؛ لأن الكفيل بالكفالة يملك المكفول له مطالبته؛ لأنه ليس للمكفول له ولأنه مطالبة الغير فالكفيل بالكفالة يملكه ما ليس له وليس يسقط من حق المطالبة شيئًا وكان تمليكا محضا وليس لأحد ولاية إثبات

الملك للغير إلا بالقبول منه أو من نائبه كالهبة بخلاف ما لو وجد القبول من الأجنبي ينعقد موقوفا؛ لأن الأجنبي يصبح نائبا عنه في الاستيفاء فصلح نائبا عنه في قبول الكفالة التي هي طريق الاستيفاء، فأما المطلوب لا يصلح نائبًا عن الطالب في الاستيفاء فلم يصح نائبا عنه في قبول الكفالة.

كفل لرجل غائب وقبل عنه فضولي جاز موقوفًا وللكفيل أن يخرج بنفسه من الكفالة قبل إجازتهما عندهما فرارا عن العهدة، فإنه يلزمه العهدة بالكفالة فيفر عنها بالفسخ كما في البيع.

مريض قال لوارثه: اضمن عني ديني، والمطالب غائب، جاز استحسانًا.

ولو مات لا عن تركة لا يؤخذ الوارث بأدائه؛ لأن حق الغرماء لما تعلق بماله ترك المريض منزلة الأجنبي فلهذا لا تنفذ تصرفاته المبطلة لحق الغرماء فصار كما لو خاطبه الأجنبي فقال اضمن لفلان فقال فعلت ثم عقد الضمان فكذا هذا وإنما صح العقد لمجرد الطلب من غير تحديد القبول؛ لأن قوله اكفل هذا لا يحمل على المساومة، فكان المراد منه التحقيق فصار سنة النكاح ولأنهم لما ضمنوا والتزموا المطالبة بعد طلب المريض فقد رضوا بصيروتهم خلفا للمريض فصاروا خلفاءه في قضاء دينه فتورث بحكم الخلافة لا بحكم الكفالة فلا يكون الضمان عليهم بحكم الكفالة، فإذا مات لا عن تركة انقطعت الخلافة فلا يؤاخذ قال: أنا كفيل لفلان أو فلان جاز وتسلم إليه أيهما شاء فيبرأ؛ لأن الكفالة التزام مطالبة بلا عوض فيكون حق البيان إلى المحكوم كما في الإقرار ولأن البيع على هذا الوجه جائز مع ضيق حاله فلأن تجوز الكفالة مع سعة حالها أولى، وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز بنفس الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن لا يجبره على إعطاء الكفيل بل إذا سمحت وطابت نفسه بإعطاء الكفيل تجوز الكفالة وعندهما يجبره؛ لأن موجبهما التزام تسليم النفس وتسليم النفس إلى مجلس القاضي هاهنا أوجب فألزم فكانت الكفالة بها أوجب وأحكم.

له: أن الكفالة شرعت وثيقة محصنة، والحدود مبناها على الدرء واستيثاق ما

بني على الدرء مناقضة بخلاف سائر الحقوق فإنه يحتال بإنهائها فيليق بها الاستيثاق.

(فصل)

وتجوز الكفالة بكل دين في ذمة إنسان صغير أو كبير مأذون أو محجور عليه والدين حال أو مؤجل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة والمطالبة، وإن لم تكن متوجهة للحال ولكن سبب التوجه قائم وهو الدين والتزام الحكم بعد وجود سببه جائز.

دين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لصاحبه حصته لم يجز؛ لأنه تعذر تصحيح الكفالة بنصف الدين؛ لأن قسمة الدين قبل قبضه لا يتصور وتعذر تصحيحا بنصف شائع؛ لأنه يصير كفيلا لنفسه؛ لأنه متى قبض نصف الدين كان للمكفول له أن يأخذ من ذلك نصفه؛ لأن المقبوض من دين مشترك يقع مشتركا ومتى قبض نصف ما قضى انتقض القضاء من الأصيل فيما قبض؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون قاضيا ومقتضيا فصلت كأنه لم يقض إلا ما بقي في يد المكفول له فيكون نصف ما بقي في يده اتصالا به من دين مشترك ثم هكذا إلى أن ينتهي إلى الجزء الذي لا يتجزأ ولا يتصور ذلك في الأوهام فمتى صحت الكفالة في جزء شائع صار كفيلا لنفسه فلا يصح.

قال ما يدعي عليه فهو عليّ لم يلزمه المطلوب إلا بحجة ويلزم الكفيل؛ لأن إقرار الكفيل حجة في حقه لا في حق غيره وثبوت المال في حق المطلوب بشرط بجواز الكفالة؛ لأن المال على المطلوب إن لم يثبت في حقه بجحوده يثبت في زعم الكفيل والطالب، وإذا ثبت المال في حقهما صار كفيلا بحق واجب للطالب في زعمهما فصحت الكفالة كما في الصلح على الإنكار.

ولو قال الكفيل: ما لك عليه فهو عليّ ثم أنكر الكفيل شاء عليه لم يلزمه إلا ببينة أو إقراره؛ لأنه لم يقر بوجوب المال للطالب على المكفول له، فإنه قال ما لك عليه والشيء قد يكون مالا وقد يكون غير مال.

ولو قال لك عليَّ ما أقر به لزمه ما أقر به المطلوب؛ لأنه أضاف الكفالة إلى

سبب وجوب المال، فإن إقرار المطلوب سبب للوجوب وإضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب جائز، كما لو قال أنا كفيل ما كان على فلان أو بما وجب لك على فلان قال ما ادعيت إن لم أوافك به غدا فهو عليّ فلم يواف به غدا فادعى الطالب ألف درهم وصدقه المطلوب لم يصدق على الكفيل إلا ببينة أو إقراره والقول قول الكفيل مع يمينه على علمه بخلاف ما لو ادعى عليه ألفًا فقال رجل إن لم أوافِك به غدا فعليَّ ما ادعيت يلزم الكفيل ما ادعاه متى لم يواف به، وإن لم يثبت والفرق أن في الأولى الكفالة غير مضافة إلى ما هو سبب الوجوب؛ لأنها مضافة إلى دعوى ستوجد في المستقبل ومجرد الدعوى ليس بسبب للوجوب فتجعل مضافة إلى ما هو سبب الوجوب وهو الدعوى المبينة بالبينة أو الإقرار كي لا يلغو وفي الثانية أضاف الكفالة إلى دعوى موجودة فقد أضافها إلى ما هو واجب للحال في حق الطالب والكفيل إن لم يكن واجبا في حق المطلوب وصحة الكفالة مبنية على ما هو واجب للحال في زعم الكفيل والمكفول له؛ لأن الحق لا يعدوهما متى أنكر المطلوب والكفالة تصح بدون رضى المطلوب والوكالة لا تصح إلا برضاء الموكل؛ لأن في صيرورته وكيلا عنه في الخصومة ضررًا بالموكل؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومات والتصرفات فيشترط رضاه ليصير راضيًا بالضرر على المطلوب في صيرورته كفيلا بغير أمره بل فيه منفعة وهو عدم الرجوع عليه بالأداء.

ولو قال لرجل: كفلت لك بمالك على فلان وهو كذا أو كفلت لفلان آخر بماله وهو كذا لم يلزمه شيء ولو كان المالان لرجل واحد على رجلين جاز وأيهما شاء كفيل لزمه؛ لأن جهالة المكفول به مانعة صحة الكفالة وجهالة المكفول به غير مانعة؛ لأن مع جهالة المكفول له لا يمكن القضاء بإحدى الكفالتين بعينها؛ لأنه ليس إحداهما بأولى من الأخرى ولا يمكن القضاء بإحداهما مجهولة فلا يقضي بشيء فأما أمكن القضاء بصحة الكفالة مع جهالة المكفول به وهو أن يقضي بوجوب أحد المالين للطالب على الكفيل يعني أيهما شاء ويؤدي الكفيل أي المالين شاء.

وكذلك الكفالة بنفس فلان أو بنفس فلان كفل عن ميت مفلس بدين لم يصح عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله.

ولو ترك مالا جاز بمقداره لهما: أنه كفل بدين قائم؛ لأن الدين يبقى بعد الموت بدليل أنه يصح الإبراء عنه والأداء.

ولو تبرع عنه إنسان جاز ولا يمكنه الرجوع، ولو لم يكن الدين باقيًا لما صح الإبراء والأداء ولأمكنه الرجوع؛ لأنه أدى لسقط عن الميت دينا، فإذا لم يكن عليه دين كان بصدد من الرجوع له أنه كفيل بدين ساقط؛ لأن الدين عبارة عن فعل واحد وهو تمليك المال وتسليمه بدلالة أنه يوصف بالوجوب والأفعال يوصف بالوجوب حقيقة لا الأعيان، ولهذا لا يجوز نفي الوجوب عن الأفعال ويجوز نفي الوجوب عن الأعيان وهذا أمارة المجاز وتلك أمارة الحقيقة ولا فعل هنا يوصف بالوجوب سوى تمليك المال وتسليمه وبالموت عجز عن الفعل فبطل وجوب الفعل أصلا فلا تصح الكفالة؛ لأن التزام الدين ولا دين يتصور بخلاف ما لو ترك مالا؛ لأنه قادر بخليفة وهو الوارث؛ لأن التمليك فعل يحتمل النيابة وهنا لا يقدر بخليفة؛ لأن الوارث إنما يخلف المورث في التمليك في المال المتروك منه والإبراء والأداء إنما صح في حق إسقاط الإثم عنه دون الدين؛ لأن الدين متى وجب في حال الملاءة يصير ظالما ومماطلا بترك الإيفاء فيكون آثما في الآخرة وإنما صح التبرع؛ لأنه حصل للمتبرع نوع عوض وهو تخليصه عن الوبال والوزر وتبريد جلدته على النار بإرضاء خصمه ومن تبرع لعرض وحصل عرضه ينقطع حق الرجوع للمتبرع فيما تبرع كما لو وهب لولده أو زوجته.

(المنتقى): أصله: أنه متى أضاف الضمان إلى ما هو سبب اللزوم للمال فذلك جائز كضمان الدرك ومتى أضاف الضمان إلى ما ليس بسبب للزوم فذلك الضمان باطل كقوله إن هبت الريح فمالك على فلان عليّ.

وفي **(نوادر هشام)**: عن محمد: لو قال لآخر: ما غصبك فلان أو سرقك فأنا له ضامن جاز؛ لأنه أضاف الضمان إلى ما هو سبب الوجوب وهو الغصب والسرقة والمكفول له معين معلوم.

ولو قال: ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمي إنسانا

بعينه؛ لأن تقديره ضمنت لك ما يجب لك على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز؛ لأن المكفول له مجهول.

وقال الحسن في (المجرد): قال أبو حنيفة رحمهما الله: لو قال لرجل: ما بايعت فلانا فعليّ فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن مبايعاته أول مرّة لا غير.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: يلزمه كله؛ لأن كلمة ما كلمة عامة والمبايعة اسم جنس فيتناول جميع مبايعاته.

لأبي حنيفة: أنه لا يمكن صرف الكفالة إلى جميع المبايعات فصرفنا إلى مبايعاته مرة واحدة وهي الأولى، وكذلك في العرف يراد به المبايعة مرة واحدة، فإن قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحده الكفيل قال في كفالة الأصيل لزم المال الكفيل؛ لأن اسم المبايعة يطلق على الواحد وأنه متيقن فالزيادة مشكوك فيها.

ولو نهاه الكفيل على المبايعة حتى إنهما حكيا أمرا أنشأه للحال.

ولو أنشأ المبايعة للحال بمعاينة لا يلزمه شيء جاز بمعاينة الكفيل يلزمه المال فكذلك إذا حكيا عنه؛ لأن نهيه عن المبايعة رجوع منه عن الكفالة وهو يملك ذلك.

وفي مختصر الحاكم روى أسد بن عمر وعن أبي حنيفة رحمهما الله: القول فيه قول الكفيل؛ لأن تصادقهما على المبايعة ليس بحجة في حقه.

ولو قال: ما أقر لك به من شيء فعليّ فقامت بينة عليه أنه كان أقر قبل الكفالة بألف درهم لم يلزم الكفيل إلا أن يقر بعد الكفالة؛ لأنه أضاف الكفالة إلى إقرار بعد الكفالة لا إلى إقرار قبل الكفالة.

رجل اقتضى من رجل ألفا وضمن له رجل أن يبدل له ما فيها من زائف أو نبهرجة أو ستوقة أو درهم لا يجوز، فضمانه جائز، والقول قول الطالب في أنه وجده زيوفًا ونحوه ويستبدلها من الكفيل في قول أبي يوسف ويدفع إليه ما وجد فيها مما لا يجوز، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يستبدلها من الكفيل حتى يحضر الذي اقتضى منه المال فيقضي عليه ببدله ثم يرجع الطالب على الكفيل؛ لأن

الاقتضاء بالزيوف قد صح وما لم ينتقض الاقتضاء لا يرجع بالجياد ولا ينتقض الاقتضاء إلا بالقضاء، وفي الستوقة يجب عليه ردها فما لم يردها لا يطالبه بقضاء الجياد، ولو أخذ المولى من عبده كفيلا بنفسه فأبق العبد أو كفل بعد إباقه لم يضمن الكفيل؛ لأن العبد لا يكون مضمونًا على نفسه بالإباق فلا يكون مضمونًا على غيره.

قال أبو يوسف في (المنتقى): رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم فضمن إنسان للبائع الثوب أو عشرة دراهم فضمانه باطل، وإن كان في البيع جاز ثلاثة أيام للبائع أو للمشتري فضمانه جائز وعليه العشرة أو الثوب فإن كان الخيار للبائع فأمضى البيع أخذ الكفيل بالثمن فهو عشرة، وإن نقض البيع أخذ الكفيل بالثوب؛ لأن البيع بشرط الخيار سبب للزوم أحدهما أما الثمن إن أبرم البيع، وأما المبيع إن انتقض فأما البيع البات سبب للزوم الثمن لا غير وقد كفل بأحدهما وأنه مجهول فلم يصح. والله أعلم.

(باب الكفالة بالنفس)

[(المبسوط)][(١)]: مسائله على فصلين:

أحدهما: في الكفالة بالنفس وحدها.

والثاني: في الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة.

(فصل)

الكفالة بالنفس جائزة خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأنه التزام ما هو مضمون التسليم وهو قادر على التسليم؛ لأن على الأصيل أن يحضر بنفسه مجلس القضاء والتسليم والحضور عنده سواء لأن كلاهما عبارة عن دفع الموانع في مجلس القضاء؛ لأن القاضي مأمور بقطع الخصومة ورفع المنازعة ولا يمكنه ذلك إلا بالحضور عنده ليمكنه إلزامه بإيفاء الحق أو حبسه متى ظهر الحق وهو قادر على تسليمه؛ لأن التسليم هو التخلية بينه

(١) ما بين المعكوفتين في (س): قال في الزيادات.

وبين المُدَّعَى عليه والدلالة على مكانه بواسطة رفع الموانع وهو قادر على دفع الموانع بأن يقول هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فوجب أن يصح التزامه؛ لأن حاجة المكفول له إلى تصحيح الكفالة هاهنا أمس وأشد من الحاجة إلى تصحيح الكفالة بالمال؛ لأن المطلوب ربما تغيب ويخفي نفسه فيعجز الطالب عن الوصول إلى حقه فيحتاج إلى أن يستوثق منه بالكفيل حتى يطالب الكفيل عند العجز عن مطالبة الأصيل.

كفل برأس رجل أو جزء شائع أو بوجهه أو بروحه أو ما يعبر به عن الجملة جاز؛ لأن هذه الأعضاء مما يعتريها عن جميع البدن فصار كأنه أضافها إلى البدن والروح شائع في جميع البدن فكان بمنزلة الإضافة إلى جزء شائع، ولو كفل بعينه لم يذكره محمد رحمه الله في الكتاب.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنه قال: لا تصح الكفالة ولا يقع الطلاق متى أضافه إليه؛ لأن العين وإن كان يعبر بها عن جميع البدن لغة يقال: هذا عين القوم أي جاسوسهم، ويقال: هذا من العيون أي ناظرًا إلا أنه لم يوجد فيه استعمال الشرع وتعارف الناس فبقي الاسم للعين حقيقة، ولما استعمل له في اللغة بمنزلة المجاز فلا جرم لو نوى البدن صحت النية، فأما في غير نية تنصرف إلى العضو الفرد وهو العين [الناظرة][1] حقيقة، وكذلك لو قال: عليّ أن أوافيك به أو ألقاك به جاز؛ لأن الموافاة مأخوذة من الإيفاء والموافاة والتسليم في اللغة سواء.

وقوله: على أن ألقاك به، معناه على أن آتيك به والإتيان إليه والتسليم سواء.

ولو قال: هو عليّ حتى يجتمعا أو حتى يتوافيا أو يلتقيا فهو كفالة إلى غاية؛ لأنه أوجب على نفسه تسليم المكفول به إلى غاية؛ لأن معنى قوله هو عليّ على أن عليّ تسليمه؛ لأن كلمة عليّ كلمة إيجاب وهو كناية عن المطلوب وغير المطلوب لا يتصور أن يكون واجبا في الذمة وتسليمه يتصور واجبا فجعل قوله هو كناية عن تسليمه حتى لا يلغو كما جعل قوله كفلت بنفسه عبارة عن تسليمه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الباصرة.

ولو قال: أنا ضامن لك حتى يجتمعا أو يلتقيا ذكر في رواية أبي سليمان أنه يصير كفيلا، وذكر في رواية أبي حفص: لا يصير كفيلا وهذا ليس باختلاف الرواية ولكن الأول الاستحسان والثاني هو القياس. وجه القياس: أن المكفول به مجهول الجنس، فإنه لم يذكر أن المضمون به نفس المطلوب أم الدين عليه وجهالة المكفول به يمنع صحة الكفالة. وجه الاستحسان: أن المقصود من تسليم النفس إنما هو استخراج المال والمقصود من تسليم المال هو الوصول إليه فكان الجنس متحدا باعتبار المقصود فيثبت المتيقن منهما وهي الكفالة بالنفس، كما لو قال لفلان عليّ درهم أو دينار لما كان الجنس متحدا باعتبار المقصود وهي المالية يثبت المتيقن وهو الدراهم فكذا هذا.

ولو قال: أنا ضامن لمعرفته لا يلزم؛ لأنه ضمن تعريفه وتعريفه يتصوّر بدون تسليمه. أخذ من رجل كفيلا ثم أخذ كفيلا آخر فهما كفيلان؛ لأن حكمهما التزام المطالبة وأنه يحتمل العدد والتزام الأول لا يمنع التزام الثاني كفل بالنفس فلزم الطالب الكفيل فأعطاه كفيلا بنفسه أو بما عليه وهو مائة درهم جاز وأي ذلك شاء الكفيل لزمه، وكذلك لو كفل بنفس فلان أو بما عليه.

(فصل)

أخذ كفيلا بنفس رجل ووكيلا في خصومته ضامنا لما قضى عليه جاز؛ لأنه جمع بين عقود ثلاثة بين الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة والكفالة بالمال وكل واحد يجوز حالة الانفراد فيجوز حالة الاجتماع للمبالغة في الوثيقة والوكالة ليتوصل إلى المال من جهته بعد إثبات الحق عليه، وإن دفع المكفول به إلى الطالب يبرأ عن الكفالة وبقي وكيلا بالخصومة ووكيلا بالمال؛ لأن البراءة عن الكفالة بالنفس معلقة بتسليم النفس وقد وجد فلا يبقى ولم يعلق البراءة عنهما بموافاة المكفول به فيبقى، وإن شرط الكفيل أنه متى وافى، وأما المكفول به كان بريئا عن الكل برئ عن الكفالتين ولا يبرأ عن الوكالة؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط جائز وتعليق العزل والحجر بالشرط لا يجوز.

(**المنتقى**): رجل كفل لرجل بنفس رجل بأمره ثم غاب المكفول له وأراد الكفيل أن يأخذ المكفول به حتى يبرئه مما أدخله فيه فله أن يأخذه بذلك ويحبسه حتى يخرجه مما أدخله فيه، وإذا حبس الكفيل بالنفس فيثبت عند القاضي أنه لا يقدر على إحضار المكفول به بعينه، وقد يلزم القاضي في ذلك خلى سبيله، وإذا أراد القاضي تخليته بعث إلى الذي حبسه إن كان في المصر فأحضره ورفعه إليه، وإن شاء لازمه، فإن كان في ملازمته ذهاب قوته وقوت عياله أمره أن يقيم له كفيلا بنفسه ثم يخلي سبيله فيسترزق الله تعالى.

(باب أخذ الكفيل للمدعي حتى يقيم البينة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في أخذ الكفيل بالنفس المدعى عليه.

والثاني: في أخذ الكفيل بالمدعى به.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: فيمن يجيز على إعطاء الكفيل ومن لا يجيز.

والثاني: في صفة الكفالة وكيفيتها.

أما القسم الأول: رجل ادعى قبل رجل مالا ومثال أن يأخذ منه كفيلا بنفسه ينظر إن قال المدعِي لي بينة حاضرة في المصر فالقاضي يأخذ منه كفيلا استحسانًا لا قياسًا وجه القياس: أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق لكونه معارضًا بالإنكار فلا يجب على المُدَّعَى عليه إعطاء الكفيل. وجه الاستحسان: أن في أخذ الكفيل نظرًا للمدعي وهو التوصل إلى إثبات حقه، فإنه متى أحضر بينة ربما يخفي المدَّعى عليه نفسه فلا يقدر المدعِي على إثبات حقه بالبينة وليس فيه ضرر بالمدعى عليه إذا لم يكن من قصده الاختفاء، وإن كان من قصده الاختفاء يكون ظالما ولا يراعي حالته والمدعي ينتفع له فيصير إلى الكفيل، فإن قال المدعِي: لا

بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل؛ لأنه لا فائدة في التكفيل، فإن حقه تعين في اليمين؛ لأنه ليس كل غائب يؤوب وكذلك إن كان المُدَّعَى عليه مسافرًا لا يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن الكفيل يمنعه من السفر والذهاب إلى منزله فيتضرر لكن يؤجله إلى وقت قيامه من مجلس الحكم، فإن أبى المدعِي ببينة وإلا خلى سبيله؛ لأن من حجة الطالب أن يقول للقاضي ظننت أن يقر المطلوب بحقي أو كنت أعلم أنه ينكر لكنت آتي بالبينة فلا يجد بدًّا من أن يخرج من عند القاضي فبطلت بشهوده في المصر فيخلى سبيله فيقدر ذلك إلى آخر المجلس وليس في هذا القدر كبير ضرر بالمطلوب؛ لأنه لا ينقطع عن الرفقة هذا إذا علم القاضي أن المطلوب مسافر، فإن أشكل على القاضي أنه مسافر أو مقيم وقال المطلوب: أنا مسافر سأل القاضي أولا عن المدعِي أهو مسافر، فإن قال عليّ هو مسافر فقد ثبت كونه مسافرا بإقراره فيؤجله إلى آخر المجلس، وإن أنكر كونه مسافرا تكلموا فيه قبل القول قول المدعِي؛ لأنه متمسك بالأصل وهو الإقامة في موضع الإقامة وهو المصر وقيل ينظر إلى رده وثباته، فإن كان ثبات السفر فجعله مسافرا، فإن عرف بنفسه وإلا بعثه إلى رفقته وقيل يسأله عمن يريد السفر معه يبعث إلى الرفقة أمينا يسأله أن فلانا هل استعد للخروج معكم، فإن قالوا نعم قد استعد لذلك الأمر يثبت كونه مسافرا فهكذا قال مشايخنا في المستأجر إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر وقد مر هذا. ثم اختلف المتأخرون قيل يقبل قوله ويؤجله إلى آخر المجلس إن أحضر المدعِي بينة وإلا خلى سبيله، وقيل يسألهم عن الخروج متى يريدون الخروج ويكفله إلى ذلك الوقت، وإن لم يعلم من حاله يجبره على إعطاء الكفيل؛ لأنه لم يستعد ونحن نعلم أنه ينفي لأجل الاستعداد ثلاثة أيام، فإن طلب المدعِي أن يعطيه كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة قال نأمره بذلك؛ لأنه ربما لا يبالي بالكفيل فيخفي نفسه فلا ينكر إقامة البينة على الكفيل فيأخذ الوكيل لتمكنه إقامة البينة عليه والتوصل إلى إحياء حقه عند اختفائه، فإن أبى إعطاء الوكيل لا يجبره بخلاف الكفيل لما مر.

ولو قال الطالب: لي بينة حاضرة ولكن حلفه، فإن حلفه أقيم البينة عليه هل يجيبه القاضي إلى ذلك لم يذكره محمد رحمه الله في الأصل.

وذكر في (النوادر): عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجيبه ويقول له أقم البينة وعندهما يحلفه، فإن حلف أقام البينة.

لهما: أن للمدعي طريقين إلى إثبات حقه البينة أو اليمين، فإنه ربما ينكل فيقضي عليه بالنكول ويكون هذا أيسر على المدعِي من إحضار البينة فيحلفه رجاء أن يثبت حقه بأيسر الطريقين. له: أن اليمين إنما شرعت حقا للمدعي حال عدم البينة قال النبي صلى الله عليه وسلم للمدعي: **"شاهد البينة أو يمينه"**(1) فقد رتب اليمين على البينة فلا يكون اليمين حقا له حال وجود البينة.

---

(١) أخرجه «البخاري» ١١٠/٣ (٢٣٥٦ و٢٣٥٧) قال: حدثنا عبدان، عن أبي حمزة، عن الأعمش. وفي ١٢١/٣ (٢٤١٦ و٢٤١٧) و١٧٧/٣ (٢٦٦٦ و٢٦٦٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي ١٤٣/٣ (٢٥١٥ و٢٥١٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٧٨/٣ (٢٦٦٩ و٢٦٧٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٧٩/٣ (٢٦٧٦ و٢٦٧٧) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أخبرنا محمد بن جعفر، عن شعبة، عن سليمان. وفي ٣٤/٦ (٤٥٤٩ و٤٥٥٠) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ١٣٤/٨ (٦٦٥٩ و٦٦٦٠) قال: حدثني محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن شعبة، عن سليمان، ومنصور. وفي ١٣٧/٨ (٦٦٧٦ و٦٦٧٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٧٢/٩ (٧١٨٣ و٧١٨٤) قال: حدثنا إسحاق بن نصر، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور، والأعمش. و«مسلم» ٨٥/١ (٢٧٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع (ح) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبو معاوية، ووكيع (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، واللفظ له، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٨٦/١ (٢٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٢٣٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، قالا: حدثنا الأعمش. و«أبو داود» (٣٢٤٣) قال: حدثنا محمد بن عيسى، وهناد بن السري، المعنى، قالا: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٣٦٢١) قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. و«الترمذي» (١٢٦٩ و٢٩٩٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٩٤٨) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن أبي معاوية، عن الأعمش. وفي (٥٩٤٩ و١٠٩٤٥ و١٠٩٩٦) قال: أخبرنا الهيثم بن أيوب، قال: حدثنا يحيى بن زكريا، عن الأعمش. وفي =

ادعى على آخر أنه عبده وقال: أنا حر الأصل أو ادعى على امرأة نكاحًا أو الذمي ادعى على مسلم إتلاف خمر أو خنزير وادعى بينة حاضرة يأخذ له كفيلا بنفسه.

ولو ادعى حقًّا على محبوس في حق وطلب من القاضي أن يخرجه من السجن يتخاصم يخرجه ثم يرده ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه؛ لأنه لا يفيد في يد القاضي وإنما يأخذ الكفيل بسؤال المدعِي؛ لأن الأخذ لحقه فيشترط طلبه وقيل هذا إذا كان عالما بالخصومة فأما إذا كان جاهلا فلم يطلب الكفيل.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه يأخذ الكفيل؛ لأنه إذا كان عالما ولم يطلب فقد رضي بذلك فالقاضي لو أخذ كفيلا يصير منشأ للخصومة وليس له ذلك. أما إذا كان جاهلا يكون مجيبا لحقه ومحتبسا وفي حد القذف والقصاص لا يجبر على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لا يجبر بالإجماع وقد مرت، فإن شهد على المطلوب شاهد عدل حبسه القاضي عند أبي حنيفة؛ لأنه تم أخذ شطري الشهادة وهو العدالة ولو تم العدد وانعدمت العدالة بينّا التهمة حتى وجب الحبس فكذا إذا تمت العدالة وانعدم العدد بموجب التهمة فيحبس توثيقا للنفس، وعند أبي يوسف ومحمد لا يحبسه؛ لأن عندهما يجبر على إعطاء الكفيل فحصل التوثيق فلا حاجة إلى الحبس، ولو أقام شاهدًا مستورًا لا يحبس بالإجماع.

=

(٥٩٥٠) قال: أخبرني محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«أبو يعلى» (٥١١٤) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥١٩٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٥٠٨٤) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، قال: حدثنا محمد بن وهب، ابن أبي كريمة، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، قال: حدثني زيد بن أبي أنيسة، عن سليمان. وفي (٥٠٨٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وعاصم بن أبي النجود، وهو ابن بهدلة، ومنصور بن المعتمر) عن أبي وائل، شقيق بن سلمة، فذكره.

ولو أقام شاهدين مستورين يحبس بالإجماع؛ لهما: أن قول الواحد العدل ليس بحجة أصلا في المعاملات والجنايات فلا يثبت به شبهة الجناية فلا يحبس، له: أن الظاهر من حال العدل أنه صادق في مقالته وشهادته لوجود المرجح فيصدق في وهو العقل والدين أو العدالة إذ هي تجنيب عن محظورات دينه وعقله ولكنه لم يصر حجة متكاملة شرعا مع كونه حجة عقلا فتثبت الجناية بقوله من وجه فيحبس استيثاقًا واستوكادًا، وكذلك في حد شرب الخمر.

فأما في حد الزنا لو شهد عدلين لا يحبس المشهود عليه ويحدّ الشاهدان حد القذف؛ لأنه مأمور بالسر والكتمان والإخفاء منهي عن الإشاعة والإفشاء.

امرأة ادعت قبل زوجها قذفًا ووجب اللعان لم يوجد بها كفيل عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله؛ لأن موجبه الحد وفيه خلاف وفي الجراحة خطأ والقتل خطأ يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن موجبه المال وفي السرقة لا يجبر على إعطاء الكفيل في حق القطع؛ لأنه خالص حق الله تعالى ويجبر على إعطاء الكفيل بالمال المسروق إذا ادعى المسروق منه رده على السارق وكل شيء يجب فيه التعزير يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن التعزير حق العبد يسقط بعفوه ويستحلف فيه ويثبت مع الشبهات حتى تثبت بشهادة النساء مع الرجال فصار كالأموال ولأن التعزير تثقيف وليس بعقوبة كضرب الصبي والزوجة والدابة تثقيف وتأديب، وإن كان في صورة العقوبة، ولهذا اختلف التعزير باختلاف الناس باتفاق الجنايات؛ لأن الناس يتفاوتون بما يقع به التثقيف، وإذا كان هذا تثقيفا يجب أخذ الكفيل عنه؛ لأن الاحتياط واجب في باب التثقيف فكذلك الاستيثاق وقد وجب حقا للعبد، فإنه ينتفع به وهو يشفي الصدور.

وأما القسم الثاني: فعند أبي حنيفة رحمه الله يأخذ كفيلا ثلاثة أيام لأنه لا يمكن للمدعي طلب الشهود وإحضارهم إلا بمدة لتفرقهم في حوائجهم وتقلبهم في أمور معايشهم ومعادهم فلا بد له من مدة فقدرناه بثلاثة أيام؛ لأنها أدنى الآجال وإلا الأوثق في الكفالة بالنفس أن لا يوفيها وأقل مدتها جلوس القاضي مرة أخرى؛ لأن الظاهر أن البينة لما كانت حاضرة في المصر يتمكن من إحضارها إلى مجلس

القاضي مرة أخرى ثم هذا التأجيل ليوثقه المدعِي حتى يتمكن من طلب الشهود وإحضارهم مجلس الحكم في المرة الثانية لا ليوثقه الكفيل، فإن الكفيل قادر على أن يسلمه للحال فيصير الأجل حقا للمدعي، فإن شاء طالبه بالتسليم قبل مضي المدة وله أن لا يقبل في المدة ليتمكن من إحضاره ولو سلم الكفيل في المدة ولم يقبله المدعِي لا يبرأ ليتمكن من إحضاره في اليوم الثالث وقت جلوس القاضي فيحصل ما هو مقصوده من أخذ الكفيل، وإن أعطاه المُدَّعَى عليه كفيلا فقال المدعِي لا أرضى بهذا، فإنه ليس بثقة، فإن القاضي يأخذ له منه كفيلا ثقة؛ لأن المقصود لا يحصل إلا به؛ لأنه كما يتوهم أن يهرب المُدَّعَى عليه يتوهم أن يهرب الكفيل الذي هو غير ثقة فلا يحصل الاستيثاق. وليس للمدعي أن يريد كفيلا تاجرا معروفا في الناس؛ لأن المقصود وهو الاستيثاق وهو حاصل بهذا الكفيل الثقة إذا كان يؤمن عليه من الهرب فما وراء ذلك من شهوات النفس وذلك لا غاية له والثقة أن يكون له دار معلومة أو يكون تاجرا له حانوت معلوم لا يمكنه أن يخفي نفسه أما إذا كان اكترى حجرة يسكن فيها لا يكون ثقة؛ لأنه إذا أتبع ربما يتوارى فلا يقدر عليه فلا يحصل معنى التكفيل فكان له أن لا يرضى به كفيلا، فإن قال المُدَّعَى عليه لا كفيل لي فالقول له؛ لأنه متمسك بما هو الأصل، فإن العجز عن وجود الكفيل أصل وأمره القاضي بملازمته حتى يحضر بينة فلا يحبسه لقوله عليه السلام: "**لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ**"(١) فأراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة، ولأنه لا يتوصل إلى حقه إلا به؛ لأنه ربما يخفي نفسه فلا يقدر عليه لإقامة البينة عليه.

وتفسير الملازمة: أن يدور معه أينما دار ويبعث معه أحدًا من أمنائه ليكون معه حتى إذا اتفق له إقامة البينة يتوصل إليه.

وليس تفسير الملازمة أن يحبس في موضع؛ لأن ذلك حبس والحبس غير

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٢٨١/٦) من حديث أبي عيينة الخولاني رضي الله عنه وضعف أحد رواته واستنكر له هذا الحديث، ويدل عليه ما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: "إن لصاحب الحق مقالًا" (فتح الباري ٥٦/٥ ط السلفية) ومسلم (١٢٢٥/٣ ط عيسى الحلبي).

مستحق عليه بنفس الدعوى لكن يدور معه حيث ما دار ولا يمنعه من إشغاله بأعماله بل يشتغل هو بمصالحه ويصرفه فيكون الرجل معه حتى إذا انتهى إلى باب داره يقول أتأذن لي فأذن معك ويسكن حيث تسكن أنت وإلا فاجلس معي على الباب ومن القضاة المتأخرين أوجب الحبس إذا قال المدعِي: بينتي حاضرة؛ لأن المطالب ربما لا يمكنه أن يلازم المطلوب لحاجته إلى طلب الشهود وإحضارهم ولم يمكنه أخذ الكفيل من المطلوب لتكون وثيقة في إحضاره لما قال ما أخذ فلو لم يحبسه له لا يقدر الطالب على إحضاره لإقامة البينة عليه فهذا على وجه النظر للمدعي، فإن أعطاه كفيلا ثلاثة أيام فغاب الطالب في الثلاثة أيام لم يبرأ الكفيل حتى يسلمه إليه؛ لأن المدعِي إنما يحتاج إلى إحضار المدعى عليه بعد مضي ثلاثة أيام وهذا التأجيل ليوثقه المدعِي فلا يبرأ بمضي ثلاثة أيام إلا بالإبراء أو بالتسليم إلا إذا كان مشروطا في الكفالة أنه متى تغيب الطالب بعد مضي ثلاثة أيام، فإنه يبرأ من الكفالة فحينئذ يبرأ.

ولو كفل كفيل لرسول القاضي أو للقاضي لا يبرأ بدفعه إلى المدعِي إلا أن يقول الرسول أخذ به للمدعي فحينئذ يبرأ؛ لأن رسول القاضي إنما يأخذ هذه الكفالة بحكم الوكالة عن الطالب.

(فصل)

ولو طلب المدعِي أن يعطيه المدعى عليه كفيلا بالمدعى به فلا يخلو إما أن كان منقولًا أو عقارًا أو دينًا، فإن كان منقولًا ينظر إن كان مثليًا كالمكيل والموزون لا يجبر على إعطاء الكفيل بالمدعى به؛ لأنه ليس عليه إحضاره في مجلس الحكم، وإن لم يكن مثليًا كالعبد والدابة والثوب يجبر على إعطاء الكفيل بالمدعى به؛ لأن عليه إحضاره فلا يصل إلى إثبات حقه إلا بحضرتهما.

فأما إذا كان المدعى عقارًا أو دينًا لم يأخذ منه كفيلا؛ لأنه يتصور تغييب العقار والدين فيمكنه القضاء بالتحديد والدين وصف شرعي في الذمة فمتى حضر يحضر معه فإن قال أعطيك كفيلا بالمدعى به ولا أعطيك كفيلا بنفسي ليس له

ذلك ويؤمر أن يعطيه كفيلا بنفسه ووكيلا بخصومته، فإن قال أعطيك كفيلا بالمدعى به ووكيلا بالخصومة ولا أعطيك كفيلا بنفسي لم يطلب أكثر من ذلك ولكن يطالب الوكيل بإعطاء الكفيل بنفسه؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل يطلب بإعطاء الكفيل بنفسه وبالمدعى به فيطالب الوكيل بإعطاء الكفيل بنفسه أيضًا، فإذا فعل ذلك فقد حصل النظر للمدعي؛ لأنه يتوصل إلى الوكيل وإلى المدعى به فمتى أراد البينة وهذا ينبني على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن التوكيل بغير رضا الخصم جائز عندهما فتوجهت الخصومة على الوكيل وسقطت المطالبة عن الموكل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز فبقي حضور الموكل مجلس القاضي حقا للمدعي فيجبر على إعطاء الوكيل لنفسه وهذا إذا كان المدَّعى به عقارا ومنقولا وسلمها إلى الوكيل، وإن كان المدَّعَى دينا لا يكف عنه؛ لأن المدعي يتضرر، فإنه متى أثبت حقه بالبينة على الوكيل ولا يتمكن من استيفائه من الوكيل فلا يحصل النظر له بل يقال أبيع خصمك بدينك وربما يخفي خصمه فلا يقدر عليه فينوي المال، فإن قال مع هذا أعطيتك كفيلا بالمال ولا أعطي كفيلا بالنفس فللمدعي أن لا يقبل ويطالبه بإعطاء الكفيل بالنفس؛ لأن الناس يتفاوتون في إنهاء الدين فربما يكون الاستيفاء من الأصيل أسهل بخلاف العين، فإنه لا فرق بين أن يكون تسليم العين إليه من الكفيل أو الأصيل وأما في دعوى العين والعقار إذا أعطاه وكيلا في خصومته وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه ودفع المطلوب المنقول والعقار إلى الوكيل لم يجبر على إعطاء الوكيل بنفسه؛ لأن الحق متى ثبت في المدعى به والوكيل قادر على تسليمه إلى المدعِي لكونه في يده فلا تقارب بين أن يكون التسليم من الوكيل أو الموكل فقد جعل جميع مقصود المدعِي فيلتقي به ولذلك لو طلبت منه أن يضعه على يدي عدل يأمره به وفي العقار لا يأمره بالوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به إلا أن يكون شجر فيه تمر فيوضع على يدي عدل وهذا إذا كان المدعى عليه فاسقا، وإن كان عدلا ثقة لا يضعه على يدي عدل؛ لأنه يخاف من الفاسق التغييب والتبعيد؛ لأنه لما لم يجتنب عن محظورات دينه التي هي فوق التغييب في الحرمة فلأن لا يجتنب عن التغييب أولى فيكون التغييب ثابتا بنوع دليل فلا يكتفي

بأخذ الكفيل، فأما في حق العدل التعييب ثابت لمجرد الوهم لا بدليل فلا يجوز إزالة يده المحترمة لمجرد الوهم.

ولو طلب المدعِي من القاضي أن يجعل كفيلا له بما قضى له عليه فالقاضي يأمره بإعطاء الكفيل لما فيه زيادة استيثاق بحق المدعِي في جانب الاستيفاء إلا أنه لا يجبر على ذلك؛ لأن الاستيفاء بدونه ممكن، فإنه متى قضى عليه بالبينة حبسه حتى يوفي حق المدعِي. وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا من فلان بنفسه فأخذ، فإن كفل للوكيل يأخذه الوكيل لا غير؛ لأنه متى أضاف الوكالة إلى نفسه كان العقد مضافًا إليه فتكون المطالبة له؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد.

(باب الكفالة بالشرط)

(المبسوط): أصله: أن الكفيل متى علق الكفالة بشرط يراعي شرطه ما أمكن تحقيقًا لغرضه، فإن ثبت شرطه بما هو حجة في حقه ثبتت الكفالة.

وإن ثبت شرطه بما ليس بحجة في حقه لا تثبت الكفالة كالطلاق والعتاق المعلق بشرط يراعي شرطه، فإن ثبت شرطه بما هو حجة في حقه وقع الطلاق والعتاق وإلا فلا.

لو قال: ما كان لك على فلان فهو عليّ، أو ما ثبت أو ما قضى عليه، فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل إلا في قوله: ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي عليه؛ لأن شرط ثبوت الكفالة قد يثبت بما هو حجة في حقه وهو الإقرار؛ لأن قوله إذا رأى وجب المال وبدون أي يجب وقد وجب المال عليه بالإقرار؛ لأن الإقرار في كونه حجة فوق البينة وحقيقة هذه اللفظة وهو قوله كان وثبت، وإن كان للماضي إلا أنه لكثرة استعمالها صار للاستقبال عرفا فصار كأنه قال ما يجب لك على فلان وفي قوله ما قضى عليه لا يلزمه حتى يقضي به؛ لأنه كفل بما قضى به القاضي عليه دون غيره.

ولو قال: ما كان لك فهو عليّ أو ما كان أقر لك أو ما أقر لك به أمس فهو عليّ فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل.

ولو قال: ما أقر فهو عليّ فأقر في الحال يلزمه والفرق بينهما أن في قوله ما أقر لك شرط كفالته بما يقر به المطلوب في المستقبل وإقراره يثبت بما هو حجة في حقه وهو المعاينة وفي قوله ما كان لك أو ما كان أقر لك شرط كفالته إقراره فيما قضى ووجوب المال عليه قبل الكفالة وهذا الشرط لم يثبت معاينة وإنما يثبت بإقرار المطلوب وإقراره حجة في حقه لا في حق الكفيل وصار، كما لو قال عبده حر إن كان أقر لك فلان بكذا فقال المطلوب كنت أقررت لك لا يعتق ولو علق بما يقر به وأقر به يعتق.

ولو قال: ما أقر له فقامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بألف لم تلزمه، وكذا لو أنا المطلوب اليمين وألزمه القاضي لم يلزم الكفيل؛ لأن شرط كفالته إقراره في المستقبل لا في الماضي ولم يوجد إقراره في المستقبل والنكول ليس بإقرار عند أبي حنيفة رحمه الله إقرار شرعًا لا حقيقة له فلم يوجد شرط لزوم الكفالة.

(فصل)

أصله: أن الكفالة التزام المطالبة في الحال وتمليك الدين عند الأداء فاعتباره معنى الالتزام يستدعي أن يصح تعليقها بالشروط المحضة كالبذور وغيرها من الالتزامات واعتبار معنى التمليك يقتضي أن لا يصح تعليقها بالشروط المحضة فوفرنا على الشبهين خطهما فباعتبار الالتزام صححنا تعليقها وإضافتها إلى سبب يوجب الحق أو وسيلة وديعة إلى الأداء بقوله إذا أقر به زيد فأنا كفيل؛ لأنه سبب الوصول إلى الأداء فيكون توثيقا وتوكيدا له وباعتبار معنى التمليك إذا علقها بما لا يكون سببا لوجوب الحق أو للوصول إلى الأداء كما إذا قال: إذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار ونحوه فأنا كفيل لا تصح الكفالة.

ولو قال: إن لم يعطك حقك فلان فهو عليّ فيتقاضاه فلم يعطه يلزم الكفيل استحسانًا، والقياس: أن لا يلزمه حتى يموت المطلوب؛ لأنه علق الكفالة بعدم الإعطاء مطلقًا فينصرف إلى العمر كما لو كان المعلق به طلاقا أو عتقًا، وجه الاستحسان: أن المراد بهذا الكلام تعليق الكفالة بعدم الإعطاء وقت الطلب

والتقاضي لا في جميع العمر؛ لأن المقصود من الكفالة التوثيق والتأكيد للدين وإنما يحصل التوثيق والتوكيد للدين أن لو لزم الكفيل إذا لم يعطه كما تقاضاه لا أن يموت قبل أن يعطيه، فإنه لا يقع بتلك الكفالة التوثيق بخلاف اليمين؛ لأن ثمة لم تقم دلالة على أنه أراد به العدم في الحال فيعتبر العدم من حيث الحقيقة وذلك يتحقق بالموت.

(المنتقى): ولو تقاضاه فقال له: أعطيك، فلو أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق فأعطاه وقال: اذهب إلى المنزل حتى أعطيك، فأعطاه لا يلزم الكفيل، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم المال الكفيل.

ولو قال: إن تقاضيت فلانا مالك عليه فلم يعطك فهو عليّ فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان؛ لأنه علق الضمان بشرط التقاضي ولم يوجد الشرط قال أبو حنيفة رحمه الله: لو قال الرجل: إن قبلك فلان فأنا ضامن لدينك فقال المضمون له قد رضيت فهو جائز، وكذلك لو قال: إن شجك أو قطع يدك أو قتل عبدك أو غصبك.

ولو قال: من قتلك من الناس أو من غصبك أو من بايعك فأنا ضامن لذلك فهو باطل؛ لأن المكفول به مجهول.

ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن قال لآخر: ضمنت لك مالك على فلان إن لم يوف جاز، فإن مات ولم يدع شيئًا فهو ضامن، وكذلك لو قال: إن خرج من المصر فلم يعط له؛ لأنه أضاف الضمان إلى حال تعذر استيفائه من الأصيل فإبداء معنى التوثيق جاز خوف تعذر الاستيفاء من الأصيل وكان هذا شرطًا ملائمًا للكفالة وتحقيقا لمعنى المطلوب منها.

(باب الشرط في الكفالة)

(المبسوط): ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة طويلة أو قصيرة أو صدقه المقر له يصح وله الخيار إلى آخر المدة، فإن كذبه لزمه المال؛ لأن الكفالة تقبل الخيار كالبيع بل أقبل للخيار منه حتى يقبل الخيار أكثر من ثلاثة أيام والبيع لا يقبل الأكثر عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف رحمه الله في (المنتقى): لا يصح شرط الخيار في الكفالة للكفيل ولا للمكفول له؛ لأن الكفالة وجبت بالمنطق فيكون التزامها من قبيل الطلاق والعتاق، ألا ترى أنه لو قال أنا كفيل لك بهذا المال على أني بريء إن ثبت غدا أن الكفالة لازمة وأنه لا يبرأ.

ولو قال: على أنه إن مات فأنا بريء كان بريئا ليس هذا بخيار ولو أقر بالكفالة إلى أجل قبل قوله وفي اشتراط الخيار لا يقبل متى كذبه المقر له والفرق أن شرط الخيار لا يثبت إلا باشتراط الطالب له الخيار فهو يدعي على الطالب شرطًا زائدا في الكفالة والطالب ينكر فيكون القول له، فأما الأجل يثبت للكفيل من غير اشتراط الطالب وتأجيله بأن أجل ما على الأصيل يصير على الكفيل مؤجلا ولما تصور ثبوت الأجل للكفيل من غير اشتراط الطالب لم يكن الكفيل بدعوى الأجل مدعيا على الطالب شرطا زائدا في الكفالة بل كان منكرًا زيادة مال، فإن المؤجل أنقص من المعجل فيكون القول له. صالح المطلوب الطالب على أن يؤخر سنة بأن يكفل فلانًا وهو غائب، فإن كفل جاز الصلح وإلا يبطل كما لو أبرأ عن البعض يشترط أن يكفل فلانًا وهو غائب، فإن يكفل كفل بشرط أن يرهن المكفول عنه رهنًا وسماه لم يرهن ولم يجبر عليه والمال لازم على الكفيل إلا أن يشترط براءة الكفيل أن يرهن فيبرأ الكفيل حينئذ إن لم يرهن؛ لأنه متى لم تعلق البراءة بعدم إعطاء الرهن بقي الرهن مشروطا في الكفالة وهذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المطلوب وليس للمطلوب خيار فسخ الكفالة فلا يثبت للكفيل من جهته إذا لم يسلم شرطه، وإذا علق البراءة بعدم إعطاء الرهن، فإذا تحقق الشرط وقفت البراءة؛ لأن له ولاية التزام الكفالة معلقة ومرسلة قال ما نوى لك على فلان فهو عليّ فأعطاه المكفول عنه رهنًا به؛ لأن الرهن إنما يصح بدين واجب وقبل التوى لم يكن الدين واجبًا عليه؛ لأنه علق بالشرط والرهن لا ينعقد إذا لم يصادف دينا، وكذلك إن قال: إن مات ولم يوافك المال فهو عليّ، ولو كفل بالدرك وأخذ رهنًا لم يجز؛ لأن الدين غير ثابت، ولو كفل بالأجر وبالحمولة رجل واحد رهنًا جاز؛ لأن الآخر دين يمكن استيفاؤه من الرهن ولا يجوز بالحمولة وحدها؛ لأنه لا يمكن استيفاؤها من الرهن.

ولو قال لرجل: إذا تأجل مالك على فلان فهو عليّ جاز الرهن به قبل أن يحل استحسانا؛ لأن وجوب المال غير معلق بالشرط بل المال واجب ولكن غير حال والرهن بدين مؤجل جائز. ادعى مالا فقال المطلوب إن لم آتك غدا فهو عليّ لم يلزمه إن لم يأت به غدا؛ لأن الإقرار المعلق باطل.

(فصل)

العقود التي يشترط فيها الكفالة ثلاثة أوجه: منها ما لا يفسده شرط الكفالة كالقرض والعتق على مال والنكاح والصلح على دم العمد بأن أقرض رجلا أو تزوج امرأة أو أعتق عبدا على ألف على أن يكفلها فلان وهو غائب جاز ضمن الغائب أو لم يضمن؛ لأن هذه العقود مما لا يبطلها الشروط الفاسدة وفيها ما يفسده كالبيع والسلم يفسد العقد إلا أن يكون الكفيل حاضرًا يكفل لا يفسد استحسانًا، وقد مر في كتاب البيوع.

ومنها يصح إذا قبل الكفيل حاضرًا كان أو غائبًا فلا يصح إذا لم يكفل كمن له على رجل ألف ثمن بيع أو سلم فسأله أن ينجمه نجومًا على أن يكفل له فلان إن قبل الكفيل صح التأخير، وإن لم يقبل لا يصح؛ لأن تعليق التأجيل والتأخير بالشرط جائز؛ لأنه ليس بتمليك لما تبين.

(باب الكفالة بالنفس إن شرط إن لم يواف به فعليه المال)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافاة بالنفس.

والثاني: في الجمع بين تعليق الكفالة بعدم الموافاة وتعليق براءة الكفيل بعدم موافاة الطالب.

والثالث: في الجمع بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

(فصل)

مسائله على ستة أوجه:

أحدها: لو كفل بتعيين رجل عليه مال لرجال مؤجل، فإن لم يواف به إلى وقت كذا، أو لم يؤقت فعليه المال الذي عليه جاز، فإن لم يواف به لزمه المال ولا يبرأ من الكفالة بالنفس.

وقال الشافعي: لا يصح الكفالة بالمال.

والصحيح قولنا؛ لأن الكفالة التزام مطالبة بلا بدل للحال فيصح إضافتها وتعليقها كالوصية وذلك؛ لأنه علق الكفالة بالمال لعدم التسليم وأنه صحيح؛ لأن المقصود من الكفالة بالنفس التوصل إلى استيفاء حقه وحال عدم التسليم الاستيفاء متعذر فقد أضاف الكفالة بالمال إلى حين تعذر الاستيفاء من الأصيل، وهذا صحيح كما لو كفل بالمال إن غاب من عليه الدين أو مات ولم يوف ما عليه يصح كفقه واضح وهو أن الكفالة عقد استيثاق فكل ما يلائم ويليق بمعنى الاستيثاق من حيث الإضافة إلى حين تعذر الاستيفاء كان صحيحا؛ لأنه يكون تحقيقا لمعنى الاستيثاق وتوكيد الحقوق وتوثيقها بالوثائق متعارف متعامل فيما بين الناس فجوزنا ذلك لحاجتهم إلى تأكيد حقوقهم الثابتة.

ولو قال: إن لم أوافك به غدا فعليّ ألف درهم ولم يقل الألف التي لك عليه والطالب يدعي ألفا تلزمه ألف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: لا يلزمه، ثم رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة لمحمد إن قوله إن لم أوافك به فعليَّ ألف فيحمل محمل أن يكون إقرارا بالألف معلقا بعدم الموافاة لا كفالة له عنه والإقرار بالشرط باطل ويحتمل أن يكون كفالة وتعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة جائز والكفالة لم تكن ثابتة والإقرار لم يكن لازما فلا يثبت بالشك.

لهما: أنه علق وجوب المال بعدم الموافاة وفي العرف والعادة إنما تعلق بعدم الموافاة المكفول به الكفالة بالمال لا الإقرار والثابت عرفًا كالثابت نصًّا فيحمل على أنه أراد بالألف الألف التي يدعيها بدلالة العرف وظاهر الحال؛ لأن الظاهر من

حال العاقل إن عرضه من كلامه الصحة دون الفساد فيحمل على وجه فيه تصحيح العقد **والثالثة**: إن قال إن لم أوافك به غدًا فعلي الألف التي لك عليه والطالب يدَّعِ عليه مائة دينار لا يصح؛ لأنه كفل بدين غير واجب عليه؛ لأن الطالب لم يدَّعِ عليه ألف درهم فقد كذبه في ذلك فلم يصح.

والرابعة: لو قال إن لم أوافك به غدا فعليّ ألف سوى الألف التي لك عليه اختلف المشايخ فيه على قولهما قيل لا يصير كفيلا بالمال أصلا؛ لأن مطلوبا آخر مجهول والكفالة عن المجهول فاسدة وقيل يصير كفيلا بالمال عن غريم آخر؛ لأن الكفالة عن المجهول جائزة وللكفيل البيان؛ لأنه أوجب على نفسه المال بحكم الكفالة ولم يبين المطلوب فيكون هو المجمل وعليه البيان ولكن الظاهر من حال الكفيل إذا لم يذكر مطلوبا آخر أنه يريد بهذا الكفالة عن هذا المطلوب فصرفنا الكفالة إلى هذا المطلوب بدلالة الحال، فإذا نفى الكفالة عنه بقوله سوى الألف التي لك عليه صرفنا الكفالة إلى مطلوب آخر وجعلنا للكفيل البيان، **والخامسة**: لو قال إن لم أواف به غدا فالمال الذي له على رجل آخر عليه وهذا ألف درهم جاز عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله؛ لأن هذه الكفالة علقت بحظر لا تعامل للناس فيه إلا التعامل فيما إذا كانت الثانية مؤكدة لما وجب بالأولى وليس بالكفالة الثانية هنا تأكيد ما وجب بالأولى فكانت معلقة بحظر لا تعامل فيه فيفسد، كما لو قال أنا كفيل إن مطرت السماء أو هبت الريح؛ لأن الكفالة تمليك وليس بإسقاط، وتعليق التمليكات بالحظر لا يجوز إلا أن يكون للناس فيه تعامل ولا تعامل هنا فيفسد، لهما: أن الثانية يحظر فيه تعامل؛ لأن الثانية مؤكدة وموثقة لما وجب بالأولى؛ لأن المقصود من التأكيد والتوثيق هو وصول المال إليه إذا لم يسلم إليه النفس وهذا المقصود يحصل متى اتحد الطالب؛ لأنه يصل إليه ألف درهم متى لم يسلم إليه النفس فكانت الثانية مؤكدة للأولى باعتبار المقصود والمعنى، ولو قال إن لم أوافك به غدا فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذي لك على فلان وهو عشرة دنانير عليّ ولم يواف به يصير كفيلا بالمائة بالإجماع؛ لأنه اتحد الطالب والمطلوب ولا يصير كفيلا بالعشرة عند محمد؛ لأنه اختلف الطالب والمطلوب وعندهما يصير

كفيلا؛ لأنه اتحد الطالب، وإن اختلف المطلوب لما بينا وكذلك على هذا الخلاف لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فهو كفيل بنفس رجل للطالب عليه حق جاز عندهما خلافا لمحمد، **والسادسة**: كفل بنفس رجل لرجلين، فإن وافاهما به إلى كذا وإلا فعليه ما عليه لهما فوافاه به أحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد ولزمه نصيب الغائب من المال؛ لأن الكفالة بالمال معاوضة متى وقعت بأمر في حق الكفيل والطالب جميعا، فإن كانت بغير أمر فهي معاوضة في حق الطالب إن لم يكن معاوضة في حق الكفيل والكفالة بالمال معلقة بالشرط وهو عدم الموافاة فيكون المعلق بالشرط معاوضة فيجب اعتبار المعاوضة فيهما كما في الكتابة وفي حكم المعاوضة المضافة إلى اثنين التوزيع عليهما، وإذا ثبت التوزيع صار شرط ثبوت الكفالة بالمال في حق كل واحد منهما عدم الموافاة إليه وقد وجد عدم الموافاة في حق الغائب فيلزمه الكفالة بالمال وما أخذ الغائب يكون بينهما، لأنه مال مشترك وللكفيل أن يتقدم إلى الحاكم لتنصيب على الغائب من يسلم إليه وأنكر الخصاف جواز نصيب القاضي كفل بنفسه على أن يواف به إذا جلس القاضي، فإن لم يفعل فعليه الألف لا يلزمه شيء ما لم يجلس القاضي ولا يوافيه به والتعليق بجلوس القاضي مخالف بالتعليق بدخول الدار؛ لأنه علق الكفالة بالمال بشرطين بعدم موافاته وبجلوس القاضي؛ لأنه قال أوافيك به إذا جلس القاضي، فإن لم أوافيك وجلس القاضي فأنا كفيل بالمال والمعلق بالشرطين لا يثبت لوجود أحدهما وقد وجد عدم الموافاة ولم يوجد جلوس القاضي فلا يلزم المال.

ولو قال: إن لم أواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بهذا المال وعبدي هذا وهذا ألف جاز والحوالة كالكفالة في قبول الحظر، فإن الكفالة والحوالة يجوز إضافتهما إلى المستقبل وتعليقهما بالحظر كما يجوز لأنهما شيئان في إيجاب البراءة بل في الحوالة زيادة براءة فإنها توجب براءة الأصيل والكفالة لا توجب وكلمة عبدي للمقارنة يقال هذا الشيء ضعه عند فلان أي يقر به فقد جعل المال الذي لفلان قريبا منه ولا يصير قريبا منه إلا بالوجوب عليه أو بالقبض والوجوب أقلهما فتعين كلامه للإيجاب سابقا عليه لتصحيح كلامه، كفل بنفس رجل على أنه

إن لم يواف به غدا فهو ضامن لما دأب عليه أو بما قضى له عليه فلم يواف وادعى الطالب عليه مالا لا تقبل بينته على المطلوب إلا إذا كان حاضرا؛ لأنه إنما كفل بمال موصوف وهو أن يكون مقتضيا به على الأصيل أو يكون كاتبا عليه أي متقرر الوجوب فما لم يصر المال بهذه الصفة لا يكون هو كفيلا، فإذا لم يكن كفيلا لا يكون خصما على الأصيل والبينة على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر لا يقبل.

(فصل)

كفل بنفس رجل إلى الغد فإن لم يواف به غدا في المسجد فعليه المائة الدرهم التي له عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم يواف أنت المسجد فيقضيها مني فأنا بريء منها فادعى كل واحد منهما الموافاة فلا يخلو إما أن قامت لهما بينة أو لم تقم لهما بينة أو قامت لأحدهما، فإن قامت لهما البينة على الموافاة إلى المسجد ولم تقم للكفيل بينة على دفعه يلزمه كفالة النفس ولا يلزمه المال؛ لأن البراءة عن الكفالة بالنفس معلقة بشرطين بموافاة الكفيل المكفول به عند المسجد في الغد وبعدم موافاة الطالب المسجد بعد وجود موافاة الكفيل لا بعدم موافاة الطالب مطلقًا، فإنه قال، فإن لم توافه أنت المسجد فأنا بريء وقد ثبتت موافاة الطالب بالبينة فلم يتحقق شطر الشرط وهو عدم موافاة الطالب فلا تثبت البراءة عن الكفالة بالنفس والكفالة بالمال معلقة بعدم موافاة الكفيل وقد ثبتت موافاته بالبينة فلم يوجد الشرط فلا يلزمه، فإن قامت لأحدهما بينة إن قامت للكفيل برئ عن الكفالتين؛ لأن شرط لزوم الكفالة بالمال عدم موافاة الكفيل وقد ثبتت موافاته ولم يوجد الشرط فلا يلزمه وشرط براءة الكفيل له بالنفس عدم موافاة الطالب بعد موافاة الكفيل وقد ثبت ذلك فتبرأ عنها.

وإن قامت للطالب بينة لزم الكفيل الكفالتان؛ لأنه وجد شرط لزوم الكفالة بالمال وهو عدم موافاة الكفيل؛ لأن موافاته لا تثبت بمجرد الدعوى بدون البينة ولم يوجد شرط البراءة عن الكفالة بالنفس وهو عدم موافاة الطالب، وإن لم يقم لهما بينة لزم الكفيل الكفالتان جميعا؛ لأنه لا يصدق كل واحد منهما على الموافاة؛ لأن

الدعوى لا تسمع إلا بحجة فيحلف كل واحد على دعوى صاحبه، وإذا لم تثبت موافاة أحدهما لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأنه لم يثبت شرط البراءة وهو عدم موافاتهما ووجد شرط الكفالة بالمال وهو عدم موافاة الكفيل ولو لم يشترط موافاة المسجد بل قال للطالب إن لم يأته غدا يقبضه مني فأنا بريء فلم يلتقيا إلا بعد الغد برئ منهما؛ لأن البراءة عن الكفالتين هنا معلقة بشرط واحد وهو عدم موافاة الطالب فحسب؛ لأنه وإن ذكر عدم موافاة الطالب بعد دفعه وتسليمه لكن الدفع إلى الطالب مع عدم موافاة لا يتصور فتعذر مراعاة الشرطين جميعا فتعلقت البراءة بشرط واحد وهو عدم موافاة الطالب فحسب بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه ثمّة تعلقت البراءة بشرطين بموافاة الكفيل وعدم موافاة الطالب وقد أمكننا مراعاة الشرطين جميعًا لا يتصور موافاة الكفيل حال عدم موافاة الطالب فلزمنا تعليق البراءة بالشرطين وقد وجد أحدهما ولم يوجد الآخر فلم تثبت البراءة كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما له عليه فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقي الطالب وخاصمه وتلازما فالمال على الكفيل؛ لأن شرطه عدم موافاته به وقد وجد؛ لأنه لم يوافه وحضور الأصيل بنفسه لم يقع عن التسليم المستحق عن الكفيل، فإن قال المكفول به للطالب سلمت نفسي إليك من كفالة فلان برئ الكفيل من المال؛ لأن تسليم نفسه صحيح من جهة الغير كما لو تبرع بدين عليه.

(فصل)

ولو كفل بالنفس والمال، ثم قال: إن وافيتك به غدا فأنا بريء به فوافاه به من الغد يبرأ من المال في إحدى الروايتين وفي رواية لا يبرأ؛ لأن هذا تعليق البراءة بالشرط وفي البراءة معنى التمليك فلا يصح تعليقه بالشرط.

ولو كفل بنفسه على أنه ضامن لما قضى عليه قاضي الكوفة فقضى عليه غير قاضيها يلزمه.

ولو قال: ما وجب لك على فلان بحكم فلان الحاكم فهو عليّ فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه والفرق أن تعيين القاضي لا يفيد؛ لأن أقضية القضاة

كلها سواء في إيجاب الحق إذ القضاة كلهم يقضون بالحق والحق واحد وليس لقاضٍ آخر أن ينقض حكمه برأيه فصار تعيين القاضي لغوًا ضائعًا.

وهذا إذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب، فأما إذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاضٍ شفعوي المذهب لا يؤخذ به؛ لأن بين قضائهما فرقًا عظيمًا فصح التعيين وفي زماننا يجب أن يصح التعيين؛ لأن أكثر القضاة يقضون بالرشاء والقضاء بالرشوة باطل، وإن كان القاضي لا ينعزل بالرشاء فأما في الحكم فالتعيين مفيد، فإنه متى وقع حكمه إلى قاضٍ آخر له أن ينقض حكمه برأيه فمن الجائز أنه غير حكما متى حكم بالمال يرفع إلى قاضٍ آخر فينقضه برأيه فيخرج عن الكفالة فكان التعيين مفيدا. كفل بنفس رجل على أنه ضامن لما قضى على أبيه وهو ميت والمكفول له وارثه جاز؛ لأن المكفول به هو المطالب بما على أبيه فتكون الكفالة عن أبيه وعنه سواء. وكل رجلا بأن يعطي فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامن لما كان عليه فأعطى فقضى على الموكل بمال للطالب أن يأخذ الكفيل وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل؛ لأن الوكيل هنا بمنزلة الرسول؛ لأنه لم يوجد إيجاب العقد ولا قبوله وإنما وجد منه مجرد الأمر بالكفالة عن المطلوب والأمر بالعقد لا يؤاخذ بحقوق العقد.

(المنتقى): ابن رستم عن محمد رحمهما الله: كفل بنفس رجل على أنه إن لم يدفعه إلى الطالب غدا فعليه المال فأبرأ الطالب الكفيل من الكفالة قبل أن يدفعه إليه برئ الكفيل ولابسه البراءة بالموت لو مات الكفيل كان وارثه بمنزلة الكفيل إن دفعه إلى الطالب برئ، وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت لزم الوارث المال فكذلك إن مات الطالب، فإن دفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في وقت برئ، وإن لم يدفعه لزمه المال. رجل قال لرجل إن لم يدفع غريمك مالك عليه أو لم يقضك حقك فهو عليّ فقال المطلوب للطالب لا أدفعه إليك ولا أقضك، أو قال: لا شيء لك عليّ يلزم المال الكفيل في تلك الساعة وللطالب أن يخاصم الكفيل ويثبت المال على الأصيل أن يجاحد أو يأخذ منه. رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوبا وأخذ منه كفيلا بنفسه فقال للكفيل إن تردّه عليّ غدًا فعليك من قيمة الثوب عشرة

دراهم فقال الآخر بل عشرين درهما فسكت المكفول له لا يلزمه إلا عشرة عندهما؛ لأن عشرين لا تثبت إلا بقبول الطالب ولم يوجد؛ لأن المال لا يثبت بالإقرار إلا بتصديق المقر له، وعند أبي يوسف رحمه الله هذا جائز؛ لأنه عين الضمان فيصح بعينه، وإن لم يقبل الطالب والله أعلم.

(باب الكفالة الموجبة)

(المبسوط): أصله: كل أجل معتاد يتعارفه التجار فيما بينهم جاز أن يكون أجلًا في الكفالة وما لا يتعارفه التجار لا يصح أن يكون أجلًا فيتعلق بالأجل فائدتان:

إحداهما: في حق الكفيل؛ لأنه لا مطالبة للطالب على الكفيل قبل مضي المدة.

والأخرى: في حق المطالب أنه بعد مضي المدة الكفيل على الكفالة إلى أن يسلم إلى الطالب.

مسائله على فصول:

أحدها: في التأجيل.

والثاني: في سقوط الأجل وحلوله.

والثالث: في عود الأجل بعد حلوله.

(فصل)

المال على الأصيل مؤجل يكون على الكفيل مؤجلًا، وإن لم يذكر الأجل حتى لو كان على رجل دين مؤجل وكفل به رجل مطلقًا، فإنه يكون مؤجلًا؛ لأن الكفيل متحمل ملتزم ما على الأصيل فيلزمه قدر ما التزم الأصيل فالأصيل التزم الدين مؤجلا فيلزم الكفيل مؤجلًا، ولهذا لو كان على الأصيل زيوف يصير كفيلا بالزيوف لا بالجياد وكذا هذا، فإن سمى الكفيل أجلًا زائدًا عليه أو ناقصًا عنه أو مثله يلزمه؛ لأنه متبرع فيلزمه على حسب ما تبرع به.

ولو كان المال حالا وكفل إنسان مؤجلا بأمر المكفول له وطلبه، فإنه يجوز ويكون تأجيلا في حقهما استحسانًا في ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه حال على الأصيل مؤجل في حق الكفيل؛ لأن التأجيل وجد في حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم في حق الأصيل كما لو أجله بعد الكفالة، وجه ظاهر الرواية: أنه أضاف الأجل إلى نفس الدين فملك المطالبة عليه ابتداء مؤجلة وأن تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل فيتأجل في حقهما بخلاف ما لو كفل حالا ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الأصيل؛ لأنه أضاف التأجيل إلى من عليه المطالبة لا إلى الدين فلم يتغير الحكم في حق الأصيل، ولو أجل الأصيل فهو تأجيل عن الكفيل؛ لأن التأجيل براءة مؤقتة فيعتبر بالبراءة المؤبدة ومتى أبرأ الأصيل مؤبدا برئ الكفيل أيضًا ولو أبرأ الكفيل مؤبدا لا يبرأ الأصيل وكذلك الإبراء المؤقت. كفل بنفس رجل أو مال إلى شهر جاز؛ لأن تسليم النفس والمال واجب في الذمة فيجوز ثبوته حالا ومؤجلا ويلزمه إيجاد الفعل عند محل الأجل وهو تفسير الوجوب الموسع ولو كفل إلى الحصاد أو البذور جازت وثبت الأجل.

وقال الشافعي: الكفالة بالمال مع الأجل المجهول لا تصح فهذا بناء على أن جهالة المكفول به من حيث القدر والجنس عنده يمنع صحة الكفالة فجهالته مقدار الأجل نهايته وعندنا جهالة المكفول به ما لم يمنع صحة الكفالة فجهالة مقدار الأجل أولى أن لا تمنع؛ لأنها دونها لما بينا.

ولو كفل إلى أن تمطر السماء أو إلى قدوم رجل أجنبي ليس معه في الكفالة جازت الكفالة والشرط باطل.

ولو قال: إلى أن يقدم المكفول به صح التأقيت؛ لأن القياس أن تصح الكفالة ولا يصح التأجيل؛ لأنه يتوهم قدومه للحال فلا ينتفع به الكفيل لأنه تتوجه عليه المطالبة للحال إذا توهم حلوله كل ساعة كما لو كفل إلى أن تمطر السماء أو تهب الريح أو يتوهم أن لا يقدم أصلا فلا يتوجه عليه المطالبة أصلا فلا يفيد الكفالة شيئًا إلا أنا تركنا القياس للتعامل في باب الكفالة، فإن الناس يتعاملون في الكفالة تأجيل شيء تيسر على الكفيل الأداء بذلك وقدوم المكفول به أو شريكه في الدين مما يسر به الدين التسليم والأداء على الكفيل فصح التأقيت لتعامل الناس في ذلك وقدم

الأجنبي لا ييسر الأداء على الكفيل، وكذلك أمطار السماء وهبوب الريح فلا تعامل فيه فلا يصح التأجيل بذلك فبقي شرطا فاسدا في العقد والكفالة لا تفسد بالشروط الفاسدة.

(فصل)

ولو ردّ الكفيل المكفول به قبل الأجل ليس له أن يقبل؛ لأنه لما عجل التسليم قبل مضي الأجل فقد أسقط الأجل والأجل خالص حقه؛ لأن منفعته عائدة إليه فيملك إسقاطه.

ولو مات الكفيل قبل الأجل حل عليه؛ لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل، فإن أدى ورثته لم يرجعوا على المطلوب قبل حلول الأجل خلافا لزفر.

له: أن الأجل مشروط فيما وجب للطالب على المطلوب فأما فيما يجب للكفيل على المطلوب فالأجل غير مشروط؛ لأن الكفيل لم يشترط له أجلا فلا يكون مؤجلا.

لنا: أن الكفيل التزم الدين مؤجلا، فإذا عجل قبل مضي الأجل فلو رجع بالمعجل والمعجل أكثر من المؤجل في المالية صار آخذا منه أكثر مما كفل فلا يجوز كما لو كفل عنه بالزيوف فأدى الجياد لا يرجع بالجياد؛ لأنه لو رجع بالجياد يرجع بأكثر مما كفل فكذا هذا.

ولو مات المطلوب قبل الأجل حل عليه لا على الكفيل؛ لأن سقوط الأجل بموته معتبر بسقوط الأجل بإسقاطه.

ولو أسقط الأجل يسقط في حقه لا في حق الكفيل فكذا هذا الكفالة بالقرض إلى أجل جائز وهو حال على الأصيل؛ لأن ما وجب على الأصيل قرض؛ لأنه وجب بالاستقراض والقرض لا يقبل الأجل ما وجب على الكفيل ليس بقرض؛ لأنه وجب بسبب الكفالة وهي ليست باستقراض حقيقة لكن الكفيل يصير بمنزلة المقرض بالأداء، فإنه يملك الدين بمقابلة ما أدى فيصير معاوضة ومبادلة حقيقة فنسبة الثمن ونسبة القرض.

(فصل)

الدين مؤجل فباع من الطالب عبدا بدينه ثم استحق أو رده بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء عاد الدين مؤجلا؛ لأن الأجل إنما سقط حكما للبيع ضمنًا له لا بالإسقاط مقصودا وقد انتقض البيع فينتقض ما يثبت في ضمنه تبعا له كما لو اشترى عبدا بالدين ثم استحق العبد عاد الدين.

ولو ردّ بعض القبض بالعبد يعتبر قضاء كان حالا؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما اعتبر بيعا جديدا في حق الثالث وفسخًا في حق المتعاقدين والكفيل مع الطالب عاقدان فيجب أن يعتبر فسخًا في حقهما إلا أنهما متعاقدان في هذا العقد والأجل حكم عقد آخر وهو الكفالة وهي ليست من حقوق هذا العقد فلا يكون فسخًا في حقه بل اعتبر بيعا جديدا كما تقتضيه حقيقته.

ولو قضى دينه فوجده ستوقًا فردّ عاد الأجل؛ لأنه ظهر أنه لم يكن قضاء، وإن كانت زيوفا فردها بقضاء عاد وإلا فلا؛ لأنه كان قضاء وبالرد ينتقض القبض والقضاء، ولهذا يرجع على من عليه بالجياد إلا أن الرد بقضاء يكون فسخًا في حق الكل وبالتراضي بيعا جديدا من الكل، وذكر أن في الرد بالعيب بقضاء يعود الدين إلى الكفيل والأصيل لما عرف.

(المنتقى): ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: كفلت لك بما لك على فلان على أنك متى طلبته فلي أجل شهر فهو جائز فمتى طلبه منه فله أجل شهر، وإذا مضى شهر كان له أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول.

ولو شرط هذا الشرط بعد الكفالة فهو باطل وله أن يطالبه متى شاء؛ لأن الشرط لما وجد في صلب العقد كان صحيحا، فإن ابتداء الكفالة يصح بشرط مفضٍ إلى الحق فأما إذا وجد العقد مرسلا فالتعليق دخل على التأجيل وتعليق التأجيل بالشرط لا يصح، ألا ترى أنه لو كفل إلى قدوم المكفول به صح.

ولو كفل مطلقًا ثم أخر إلى قدومه لم يصح التأجيل.

قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم ثمن مبيع فقال قد أجلتك

إلى الحصاد والدياس فهذا جائز بمنزلة الكفالة ولا يفسد البيع به؛ لأن التأجيل إلى وقت مجهول يلائم الديون؛ لأن الجهالة في تأجيل الديون متحملة، فإذا أجله مجهولًا بعد العقد فقد عفا العقد عن المفسد ولم يوجد هنا فساد حتى يلتحق بأصل العقد فلم يفسد، فأما إذا أجله في العقد مقارنًا له أو بعده لاحقًا له يفسد العقد؛ لأن العقد لا يتحمل الجهالة والشروط المفسدة تلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة رحمه الله فيفسد به العقد.

وفي (**نوادر ابن سماعة**): عن محمد رحمهما الله: لو كفل بنفس رجل على أنه كلما طالبه منه فله أجل شهر من يوم مطلبه.

ولو مضى شهر فطالبه به ثانيا لم يكن له أجل شهر آخر؛ لأنه قد أجل شهرا بعد الطلب الأول وما لم يدفعه إليه فإنما يطلبه منه بالطلب الأول لا بالطلب الجديد.

ولو رده لا يبرأ حتى يقول: برئت إليك منه فحينئذ يبرأ فيما يستقبل سوى الأول؛ لأنه قال: كلما طلبته مني فلي أجل شهر يصير، كأنه قال: قد كفلت لك على أنك كلما طلبته مني أوافيك به إلا أن لي في ذلك أجل شهر حتى أطلبه ولا يبرأ منه أبدًا إلا أن يدفعه إليه ويبرأ إليه منه؛ لأنه علق الموافاة به وتسليمه بالمطالبة بكلمة يوجب التكرار فما لم يبرأ منه فله أن يطالبه به متى شاء، وإن طالبه منه بعد دفعه إياه فللكفيل أجل شهر أيضًا من يوم يطلبه منه؛ لأن هذا طلب غير الطلب الأول؛ لأن الأول انتهى بالدفع إليه.

ولو كفل بالمال مطلقًا ولم يشترط الأجل فيها ثم لقيه المكفول له فقال له: متى طلبتك بهذا المال فلك أجل شهر كان تأجيله باطلا وله أن يأخذه بالمال متى شاء، ألا ترى لو قال: أخرتك بالمال إلى قدوم فلان كان التأخير باطلا.

ولو قال لرجل: اضمن لفلان عني ألف درهم إلى سنة فضمنها حالة، فإن أداها حالة لم يرجع بها على المكفول عنه إلى سنة؛ لأنه أمره بالكفالة المؤجلة فصح الأمر بالأداء مؤجلًا لا معجلًا.

ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يرده عليه غدًا فعليه المال فأخر الطالب المطلوب شهرا ينظر إن رد الكفيل الرجل غدا كان المال على الأصيل إلى شهر.

وإن لم يرده غدًا فالمال يلزم الكفيل وليس له أن يطالبه بالنفس إلى شهر؛ لأن تأجيل الأصيل تأجيل للكفيل فصارت الكفالة مؤجلة.

وإن أخر عن الكفيل بالكفالة شهرا فلم يرده غدا لم يلزمه المال إلا أن لا يرده بعد شهر ولا يبطل بالتأخير ضمان الرد؛ لأنه لو أجل الشفيع المشترى بالمطالبة شهرا لم تبطل الشفعة والتأخير جائز فهذا أولى.

(باب الكفالة المؤقتة والمقيدة)

(المنتقى): هشام عن محمد رحمهما الله: رجل ضمن رجلا بنفسه ثلاثة أيام فقال: هو ضامن أبدًا حتى يرده، إلا أن يشترط أنه إذا مضت الثلاثة فهو بريء فهو على ما شرط؛ لأن الكفالة بالنفس شرعت للاستيثاق والتأكيد في حق تسليم النفس فكان الواجب عليه تسليم النفس فما لم يسلم لا يبرأ عن الكفالة.

وإن مضى الوقت إلا أن يشترط البراءة بعد مضي الوقت فيبرأ بحكم الشرط.

وفي **(نوادر ابن رستم)**: رجل ضمن لرجل دراهم على أن يعطيه نصفها هنا في بلد الضمان ونصفها بالري ولم يؤقت.

قال محمد رحمه الله: له أن يأخذه بالمال حيث شاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان له حمل ومؤنة يأخذ حيث شرط؛ لأن في تعيين المكان واشتراطه فائدة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة يأخذ حيث شاء؛ لأنه لا فائدة في تعيين المكان كما في السلم.

ولو قال الكفيل بالنفس: أنا بريء من الكفالة متى ما رآه الطالب أو لقيه فهذا جائز ويبرأ إذا رآه الطالب أو لقيه في موضع يقدر عليه في طلب حقه؛ لأن الكفالة إنما شرعت ليتوصل المكفول له إلى استيفاء حقه ولا يتوصل إلى حقه إلا في موضع يقدر على إثبات حقه، ولو قال متى ما رآه فلان غير الغريم فأنا منه بريء فهذا باطل وهو كفيل به أبدا، كما لو قال إذا قدم فلان فأنا منه بريء، وإن قال هو على نفسه شهرا فمتى لقيته أو رأيته فأنا منه بريء فهو جائز إذا رآه من حيث يستطيع أخذه،

فإن رآه وهو في يد سلطان يمنعه منه لم يبرأ؛ لأنه لم يقع مسلما إليه، ولو قال لآخر فلان علي بنفسه إلى شهر أو إلى غد لا سبيل عليه حتى يمضي ذلك الوقت المسمى؛ لأنه كفل مؤجلا فلا يلزمه شيء قبل حلول الأجل.

ولو قال: هو عليّ بنفسه إلى شهر، فإذا مضى شهر فأنا منه بريء فهذا لم يضمن شيئًا؛ لأنه شرط البراءة حال لزوم الكفالة فلم تصح الكفالة، إلا أن يقول من اليوم إلى شهر؛ لأنه شرط البراءة حال عدم لزوم الكفالة بنفسه الكفالة متعرية عن شرط البراءة.

(باب كفالة الصبي [والعبد أو لهما](1))

(المبسوط): ولا يجوز كفالة الصبي عن الغير، وإن كان تأديهما؛ لأن هذا تبرع ليس مما يحتاج إليه في التجارة وإن أمره أبوه أو وصيه أن يكفل بالدين عنه وبنفسه جازت كفالته بالدين دون النفس؛ لأن الأب أو الوصي متى استدان على الوصية للصبي للنفقة كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي إلا أن الصبي ثبوت عنه الوصي في الأداء، فإذا أمر في الضمان فقد أذن له في الأداء وهو يملك الأداء بإذنه فيجب عليه الأداء فلم يكن هذا الضمان تبرعا واصطناعا بالمعروف، وأما ليس على الصبي تسليم نفس الأب أو الوصي فكان هذا الضمان تبرعا واصطناعا ولا يصح صبي مأذون كفل عنه رجل بإذنه جاز؛ لأن هذا تبرع واصطناع بالمعروف عليه وهو من أهل من أن تبرع عليه وقبوله صحيح ويوجد الصبي به متى كانت الكفالة بأمره؛ لأن عليه قضاء الدين وعليه تسليم نفسه بجواب الدعوى فكان هو والبائع سواء في هذا الأمر فيوجد به حتى يخلصه عن الكفالة؛ لأنه من جملة التجارة.

وإن كان الصبي محجورًا، فإن كانت الكفالة بإذن من يلي عليه فللكفيل أن يأخذ وليه حتى يحضره؛ لأن أمر الولي بالكفالة عن الصغير يكون أمرا بقضاء ما عليه من الدين والولي يملك الأمر بقضاء دين الصبي فيملك الأمر بالكفالة عنه فصارت

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كفالته بإذن الولي ككفالته بإذنه إذا كان مأذونا ويوجد الأب به حتى يدفع إليه؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيكون عليه تخليصه، ولو كفل بأمر القاضي أو الأب أو الوصي يرجع به على الوصي وبأمر غير الأب والجد من الأقارب لا يرجع؛ لأنه ليس لغير الأب والجد ولاية الاستقراض على الصبي فلا يصح منهم الإذن بالكفالة؛ لأن الأمر بقضاء الدين أمر بالاستقراض للصبي والصبيان يعتبر أمرهما للرجوع عليه عندهما، وقال أبو يوسف: أمر أحدهما كافٍ بناء على أن أحدهما لا يملك الأمر بقضاء الدين عندهما فكذلك بالكفالة وعنده يملك إذن الأب لولده الصغير بالكفالة فكفل لم يجز؛ لأن الكفالة تبرع والصبي ليس من أهل التبرع، ولو كفل الوصي بنفس الصبي لا يصح؛ لأن تسليم النفس ليس إليه لكن إلى الوصي فتكون هذه الكفالة لإنسان لا يملك المطالبة وهو باطل. كفل بنفس صبي بغير إذن أبيه للأب أن يمنع الكفيل عن التسليم ويوجد الكفيل به؛ لأن في التسليم ضررا بالصبي فلا يملك الإذن من يلي عليه ولكن الكفيل ربما يظفر به يوما من الدهر فيسلمه إلى المكفول عنه إذ يعلمه بمكانه والكفالة له لا يجوز إلا أن يخاطب وليه عنه عندهما وقال أبو يوسف يجوز؛ لأن عنده قبول المكفول له ليس بشرط لصحة الكفالة وعندهما شرط وقبول الصبي لا يصح ولو أقر أنه كفيل لهذا الصبي بألف كان باطلا عندهما، فإن بلغ الصبي فأجاز جاز، فإن رجع قبل أن يدرك الصبي أبطلها، وعند أبي يوسف جائز للحال؛ لأن الكفالة عندهما لا تصح من غير قبول المكفول له وعنده تصح ولكن انعقدت موقوفة على إجازته، فإنه وجد الإيجاب والقبول في الكفيل والمكفول عنه وقبول الصبي وهو المكفول له شرط صحتها لا شرط انعقادها فينفذ بإجازته بعد البلوغ كما في سائر العقود الموقوفة على إجازة الصبي ورجوع الكفيل يصح قبل الإجازة لئلا يلزمه العهدة كفضولي باع مال الغير ثم رجع قبل الإجازة، فإن كان أبو الصبي أو وليه يخاطبه في الكفالة فذلك جائز في قولهم جميعًا؛ لأن قبوله صحيح قائم مقام قبول الصبي.

أقر أنه كفل هذا الصبي جاز على الكفيل وإن كان الصبي لا يعقل؛ لأن هذا تبرع على الصبي واصطناع بالمعروف في حقه يتحمل عنه فلا يشترط قبول المكفول عنه وهو الصبي.

(باب كفالة العبد والمكاتب)

(المبسوط): ولا تجوز كفالة العبد بالنفس والمال بغير إذن المولى إلا أن يعتق فيوجد به خلافًا لابن أبي ليلى، وكذلك الصبي المأذون؛ لأنها تبرع واصطناع في الحال؛ لأنه تبرع بمنافع بدنه؛ لأن التسليم إنما يأتّى بمنافع بدنه ومنافع بدنه مملوكة للمولى أو بإقراض ماله واكتسابه وإنها حق المولى والمولى ما رضي بالتبرع بمنافع بدنه وماله فلا يصح في حقه إلا بإذنه. كفل بألف درهم بإذن سيده وقيمته ألف ثم كفل بألف أخرى بإذنه لم يلزمه حتى يقضي الأول؛ لأن رقبته صارت مشغولة بدين الأول والكفالة الثانية صادقتها رقبة مشغولة بحق الأول فلا يتعلق بها الدين الثاني فلم يصح في حق الأول، فإذا زال حق الأول بالقضاء يؤاخذ به لزوال المانع، فإن عتق قبل أن يقضي الدين لزماه؛ لأنه زال تعلق الدين برقبته استيفاء بالعتق؛ لأنه لا يمكنه استيفاء الدين من رقبته وبقي التعليق بها وجوبا ولا ضرر على الأول بوجوب الدين الثاني في رقبته؛ لأن الذمة متسعة لديون جمَّة فتنفذ تلك الكفالة وما أدى بعد العتق لا يرجع به على المولى؛ لأن الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع؛ لأنه لا يجب للعبد على مولاه دين فلم تنعقد الكفالة موجبة للرجوع على مولاه فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما إذا كفل بمال عن غيره بغير أمره ثم رضي المكفول عنه لا يرجع الكفيل عليه إذا أدى فكذا هذا، ولو زادت قيمته حتى بلغت ألفين فكفل بألف ثالثة ثم بيع بألفين كان ثمنه بين الأول والثالث ولا شيء للأوسط إلا أن يفضل؛ لأن هذه زيادة حدثت بعد الكفالة الثالثة فلم تتوقف الكفالة الثانية على وجود هذه الزيادة؛ لأن الفراغ من الدين إنما يعتبر وقت الكفالة؛ لأنه حال انعقاد السبب وحالة القسمة؛ لأنه حال ثبوت الحكم وهو الاستيفاء ولا يعتبر فيما بين ذلك؛ لأنه لا عمل للعقد ولا تأثير له ولا اتصال له بالمحل فيما بين ذلك فلم تصر

الزيادة مستحقة بالكفالة الثانية حال وجودها فالكفالة الثانية صادفت محلا فارغا؛ لأن الزيادة كانت موجودة عند الكفالة الثانية فنفذت فصارت الزيادة مستحقة بالكفالة الثانية بخلاف ما إذا لم تلزمه كفالة ثالثة؛ لأن الزيادة تغيب إلى وقت القسمة والاستيفاء وهو حال ثبوت الحكم فعملت الكفالة الثانية في استحقاقها.

على العبد أو أم الولد دين فأمرهما الولي بأن يضمنا عنه دينا ثم مات السيد وترك مالا فغرماء العبد يستسعونه لا غرماء السيد؛ لأن الإذن من المولى بالكفالة لم يصح في حق الغرماء؛ لأن ذمته صارت مشغولة بحق الغرماء فالكفالة صادفت محلا مشغولا بحق الغير فلم يصح إذن المولى.

فلا تنفذ الكفالة في حق الغرماء ولأن العبد لا يملك التبرع لحق الغرماء لا بحق المولى فلا ينفذ تبرعه بإذن المولى. عبد مأذون قيمته ألفا درهم وعليه دين ألف فكفل ألف درهم بإذن سيده ثم استدان العبد وحده ألفين ثم باعه القاضي بألف يضرب في ثمنه غرماء الأولين والآخرين بدينهم كلهم ويضرب فيه أصحاب الكفالة بألف؛ لأن الكفالة صحيحة؛ لأن نصفه مشغول بدين التجارة ونصفه فارغ وهو ألف فالكفالة صادفت محلا فارغا فنفذت واستدانة العبد بعد ذلك صحيحة؛ لأن ذلك دين التجارة ودين التجارة ودين الكفالة لا يمنع دين التجارة؛ لأن العبد لا يصير محجورا عن التجارة بلحوقه دين التجارة والكفالة كالحر ودين التجارة يمنع دين الكفالة؛ لأن دين الكفالة تبرع والمولى محجور عن الإذن بالكفالة لكونها تبرعا فلا يصح إلَّا إذا صادف محلا فارغا عن دين التجارة فينفذ بعد فراغه فكانت هذه الديون تعلقت برقبة العبد استيفاء فيضرب كلهم فيها إيفاء لرجل على عبد دين فأحال غريما له على العبد وضمن العبد جاز؛ لأن هذه ليست بكفالة ولا حوالة؛ لأن الكفالة والحوالة التزام ما لم يكن واجبا عليه وهنا التزم ما كان واجبا عليه إلا أن صاحب الدين وكّل غيره باقتضاء الدين من العبد فيلزم العبد القضاء إليه.

(فصل)

كفل المكاتب بنفس رجل أو بمال لم يجز وإن أذن له المولى خلافا

لابن أبي ليلى لما بينا بخلاف العبد إذا كفل بإذن مولاه يجوز؛ لأن الإذن بالكفالة إذن بالتبرع والمولى لا يملك التبرع بكسب المكاتب، وإن رضي المكاتب فلا يملك الإذن بالكفالة ويملك التبرع برقبة عبده وكسبه إذا لم يكن عليه دين فيملك الإذن بالكفالة كفل المكاتب عن أبيه لا يجوز؛ لأن هذه كفالة المكاتب.

ولو كفل عن عبده بدين عليه للمولى؛ لأن هذه ليست بكفالة بل التزام ما كان واجبا عليه قبل ذلك؛ لأنه كان واجبا عليه قضاء ما عليه الدين من كسبه كفل مكاتب لمولاه بدين له على أم ولد المكاتب جاز؛ لأنه التزم ما كان واجبا عليه فلم يكن كفالة، فإنه التزم الأداء من كسبه وقال يلزمه ذلك من غير كفالة ولو ضمن أجنبي ذلك لا يجوز؛ لأن هذه كفالة والكفالة للمولى بدين له على المكاتب لا يجوز للمكاتب على مولاه دين فأخذ له كفيلا جازت الكفالة؛ لأن هذا تبرع على المكاتب بالتزام الدين فيصح. كفيل لعبد يأخذ مدين عن مولاه بدين العبد عليه جاز ولو لم يكن على العبد دين لم يجز؛ لأنه متى كان على العبد دين صحت إدانته من المولى؛ لأن دينه يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه رقبة وتصرفا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يصرفا لإدانة تفيد ما لم يكن ثابتًا فصحت الكفالة صادفت محلا دينا واجبا على الأصيل فصحت ومتى لم يكن على العبد دين لم تصح الإدانة من المولى؛ لأن اكتسابه مملوكة للمولى رقبة وتصرفا فالكفالة لم تصادف دينا واجبا عليه فلم تصح والكفالة على المستسعى لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه بمنزلة المكاتب. أعتق عبده على ألف فكفل بها رجل يجوز؛ لأنه التزم ما هو واجب على العبد عند تأخر بين اثنين أداناه دينا صفقة واحدة واحدا منه به كفيلا يلزم الكفيل نصف دين كل واحد منهما؛ لأنه أدان عبد وعبد غيره وإدانته عبد غيره صحيحة وعبد نفسه لا تصح فيثبت نصف الدين؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين وهذا المدين مولى بنصفه وأجنبي عن نصفه، فإن كان على العبد دين لغيرهما صحت الكفالة بكل دينهما؛ لأنه يجب للمولى دين على عبده المدين، ولهذا يصح بيعه وشراؤه منه كفل مولاه له بمال وكل واحد كفيل ضامن عن صاحبه ولا دين على العبد يلزم كل واحد ربع الدين؛ لأن كفالة كل واحد منهما للعبد صحت في

النصف وبطلت في النصف فبطل من الدين نصفه ويبقى نصفه وهما بمجموعهما التزما دينا واحدا لاتحاد الصفقة ولم تصح البراءة منهما في نصفه فبقي النصف عليهما ولا تصح كفالة كل واحد منهما عن صاحبه؛ لأن كفالة كل واحد منهما إنما صحت في نصيب صاحبه فمتى جعلنا صاحبه كفيلا له صار كفيلا بعبده ولا تجوز كفالته بعبده إذا لم يكن عليه دين، ولو كان على العبد دين صار كل واحد كفيلا بكل الدين بحق الغرماء؛ لأن كل واحد منهما صار كفيلا عن صاحبه؛ لأن كفالة المولى لعبده المدين جائزة.

(باب كفالة الرجلين)

(المبسوط): مسائله على أربعة أقسام:

الأول: كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهم برئوا جميعًا ولم يرجع على صاحبه بشيء؛ لأن الكفالة أضيفت إلى الألف فإنها مما لا يقبل التجزيء فانقسم الوجوب عليهم أثلاثًا فصار كل واحد كفيلا بثلث الألف حتى لو أدى أحدهم جميع الألف لا يجبر الطالب على القبول؛ لأنه في الثلثين متبرع عن الآخرين، فإن قبل منه صح الأداء فوقعت البراءة والمتبرع لا يرجع بما تبرع.

ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف؛ لأن كل واحد بالتحمل بحكم هذه الكفالة سواء، فإن كل واحد يحمل عن المطلوب بثلث الألف وعن صاحبه بثلثيها فيجب أن يكون في الغرم على السواء. ولأن المؤدي أدى ثلثين عن صاحبيه بأمرهما؛ لأنه كفل عنهما بأمرهما فرجع على كل واحد بثلث الألف هذا إذا ظفر بالكفيلين، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث لأنهما استويا في التحمل بحكم الكفالة فيستويان في الغرامة؛ ولأنه أدى ثلث الألف عن الحاضر بحكم الكفالة عنه فترجع بذلك؛ لأنه كان يأمره وأدى ثلثها عن الغائب وكل واحد منهما كفيلا عنه فصار مؤديا السدس عن نفسه بكفالة الغائب والسدس عن صاحبه الحاضر بحكم كفالته فله أن يرجع بذلك عليه؛ لأنه كان

يأمره، فإن ظفرا بالغائب يرجع كل واحد عليه بالسدس؛ لأنه أدى عنه بحكم الكفالة عنه، وإن شاء رجع على كل واحد منهما ثم رجعوا جميعا على الأصيل بالألف وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه يرجع عليه بجميع الألف؛ لأنه أدى ثلثا بحكم الكفالة عنه وثلثين عن صاحبه بأمر المطلوب؛ لأن كفالة بعضها عن بعض مشروطة في عقد الكفالة وقد رضي المطلوب بذلك فتكون كفالته صاحبته بأمره والمطلوب متى أمر غيره أن يكفل عن كفيله يكون ذلك أمرا بالكفالة عنه اقتضاء فكان له الرجوع على الأصيل بالكل.

(القسم الثاني): لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال، فإنه يأخذ أيهم شاء وحده تسعمائة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع المال.

وذكر في المختصر: الصواب أن يأخذ أيهم شاء بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال. أما الاثنين فلأن عليهما ستمائة درهم بحكم الأصالة بالمداينة وستمائة بحكم كفالتهما عن صاحبهما، وأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بما عليهما فيأخذ الطالب أي اثنين منهم بجميع المال نصفه بحكم الأصالة ونصفه بحكم الكفالة، وأما الواحد فوجه ما ذكر في المختصر أن عليه ثلاثمائة بحكم الأصالة وثلاثمائة بحكم الكفالة عن أحدهم؛ لأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بستمائة فيكون كل واحد كفيلا بثلاثمائة كما لو شرط أن يكون كل اثنين بأعيانهما كفيلا ثم ظفر بأحدهما يأخذه بستمائة فكذا هذا وجه رواية (المبسوط): وهو الصحيح أن على الواحد ثلاثمائة بحكم الأصالة بقي تسعمائة يوجد كل اثنين من الثلث البواقي بجميعها بعضها بحكم الأصالة وبعضها بحكم الكفالة؛ لأن كل اثنين من الثلاث البواقي كفيلان بما على الاثنين الباقيين فيجب على كل واحد نصف ذلك ونصف تسعمائة أربعمائة وخمسين وأربعمائة وخمسين مع ثلاثمائة يكون سبعمائة وخمسين ومن وجه آخر ثلاثمائة عليه بحكم الأصالة وهو كفيل بنصف ما على الاثنين الباقيين وكل اثنين من الثلث عليهما ألف ومائتا درهم ستمائة عليهما بحكم الأصالة وستمائة عليهما بحكم الكفالة عن اثنين إلا أن ثلاثمائة مما هو عليه بحكم

الأصالة لا يؤخذ هو به عن غيره بحكم الكفالة فبقي تسعمائة بحكم الكفالة فيكون الواحد كفيلا بنصف ذلك فيؤخذ به وبثلاثمائة فيكون سبعمائة وخمسين، فإن أدى أحدهم نصف المال وهو ستمائة فحصته منها الربع ثلاثمائة وحصة أصحابه الربع وهو ثلاثمائة إن شاء رجع على كل واحد منهم بثلثه وهو مائة؛ لأنه أدى ثلاثمائة عن نفسه بحكم الأصالة فلا رجوع فيها وثلاثمائة عن أصحابه بحكم الكفالة فتكون حصة كل واحد من ذلك مائة، فإن لقي أحدهم أخذه بمائتي درهم؛ لأنه يقول له أديت مائة عنك وما تبين عن الآخرين الباقيين فأنا وأنت في الكفالة عنهما سواء فيجب أن يكون في الغرم على السواء فيأخذ منه مائة من جهته ومائة من جهة أحد صاحبيه حتى يستويا في الغرم، فإن ظفرا بالثالث يأخذاه بثلثي المائتي لأنهما يقولان له أدينا عنك مائة وأدينا مائة عن الرابع الغائب بحكم الكفالة عنه ونحن وأنت في الكفالة عنه سواء فيجب أن يكون في الغرم على السواء فيرجعان بثلث المائة عليه فيكون الغرم بينهم أثلاثا، فإن لقوا الرابع رجع كل واحد منهم عليه بثلث المائة؛ لأنه أدى منه ذلك القدر بحكم الكفالة، فإن لقي الأول الثاني فيأخذ منه مائتي درهم ثم لقي الثاني الثالث يأخذه بثلاثة أرباع المائة لأنه أدى المائة عن نفسه فلا يرجع بها على أحد وأدى المائة الأخرى نصفها عنه وهو خمسون فيرجع به عليه والنصف الآخر أدى عن الرابع الغائب وهو والثالث في الكفالة عنه سواء فيكون في الغرم عنه سواء فيرجع بنصفه وذلك خمسة وعشرون فصار خمسة وسبعين وذلك ثلاثة أرباع المائة، فإن لقي الأول الثالث بعده أخذه باثنين وستين درهما ونصف؛ لأنه يقول أديت مائة عنك وعن الرابع فتكون حصتك منها خمسين وغرمت عن الرابع خمسين وأنا وأنت في الكفالة عنه سواء فيجب أن يستويا في الغرم فإنك غرمت للثاني من جهة الرابع خمسة وعشرين فأنا غرمت للثاني مثل ذلك فتقابلا واستويا يبقى خمسة وعشرون عن الرابع فيكون عليهما نصفان ليستويا في ضمان الكفالة، فإن لقيهما الثاني بعد ذلك رجعا عليه بثمانية وثلث ويكون بينهما ثم يرجعون على الرابع بمائة بينهما لأنهما يقولان له نحن أدينا عن الرابع خمسة وسبعين كل واحد منا سبعة وباثنين ونصف وأنت غرمت خمسة وسبعين

لأنك رجعت بخمسة وعشرين من الخمسين التي غرمتها عن الرابع على الثالث بقي غرمك عن الرابع خمسة وعشرين فيجب أن يكون غرم هذه المائة علينا أثلاثا على كل واحد منّا ثلاثة وثلاثين وثلث فيأخذان مائة وثمانية وثلثًا ليستووا في الغرم فيكون بينهما فإذا وصل إلى كل واحد أربعة وسدس بقي غرم كل واحد ثلاثة وثلاثون وثلث ثم يرجعون على الرابع بمائة بينهم، فإن لقي الأول الثاني بعدما أخذه من الثالث ثلاثة أرباع المائة أخذ منه نصف ما أخذ من الثالث؛ لأنه يقول له كل واحد منا غرم مائة عنهما فيجب أن يستويا في الغنم كما استويا في الغرم وسبعة وخمسين عنهم أصبته من الثالث فأخذ منك نصفه حتى يستوي في الغنم، فإن لقيا الثالث بعد ذلك أخذا منه ثمانية وخمسين درهما وثلث بينهما لأنهما يقولان أدينا عنك مائة وعن الرابع مائة وقد وصل إلينا مما أدينا عنك خمسون؛ لأن ما قبضه الأول من خمسة وسبعين خمسون مما أدينا عنك وقبض الثاني كقبضنا جميعا فبقي ما أدينا عنك خمسون فأدينا عن الرابع مائة فيجب أن يكون هذا الغرم بيننا أثلاثا على كل واحد منا ثلاثة وثلاثون وثلث وقد غرمت أنت خمسة وعشرين التي أخذها الأوسط منك فبقي إلى تمام ثلاثة وثلاثين وثلث ثمانية وثلث، فإن أديا عنه خمسين فيصير جملة ذلك مائة وخمسين وثلثًا، فإن لقوا الرابع أخذوا منه مائة لكل واحد ثلاثة وثلاثون وثلث.

(**القسم الثالث**): لرجل على عشرة نفر ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال فأخذ أحدهم يأخذه بثلاثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون ربع ما بقي من الألف حصته من الكفالة لأنا جعلنا كل أربعة منهم لا بأعيانهم كفيلًا عن ستة حتى يمكنهم الرجوع على كل واحد منهم بحصته فإنًا متى جعلنا الأربعة كفلاء عن الأربعة لا يمكنهم الرجوع بما أدوا على واحد من الستة؛ لأن لكل واحد أن يقول للأربعة المؤدين أنتم كفلاء عن أربعة منا لا عن الستة واثنان منا لسنا بمكفولين عنهما وكل واحد يدعي أنه ليس بمكفول عنه فتثبت كفالة الأربعة عن الستة حتى يمكنهم الرجوع بما أدوا عن الكفالة فصار الواحد مع ثلاثة منهم كفلاء بما على الستة فلزمه ربع تسعمائة بحكم الكفالة وذلك مائتان

وخمسة وعشرون وإن أخذ اثنين أحدهما بما بين حصتهما بحكم الأصالة وبنصف ما بقي وهو أربعمائة بالكفالة لأنهما كفلاء مع اثنين لا بأعيانهما عن الثمانية وعلى الثمانية ثمانمائة فيكون عليهما نصف ذلك وهو أربعمائة وإن أخذ ثلاثة أحدهم بثلاثمائة حصتهم بالأصالة وبثلاثة أرباع ما بقي بالكفالة لأنهم مع الواحد كفلوا عن سبعة وعليهم سبعمائة وثلاثة أرباع بسبعمائة خمسمائة وخمسة وعشرون وإن أخذ الأربع أحدهم بجميع المال أربعمائة حصتهم بالأصالة وستمائة بالكفالة عن ستة هذا كله إذا لم يؤد كل واحد منهم شاء وإن أدى أحدهم مائتين وخمسين فمائة من ذلك حصته ومائة وخمسين على أصحابه حصة كل واحد من ذلك التسع يرجع به عليه إن لقيه دون أصحابه ويرجع عليه أيضًا بنصف ما بقي وذلك أربعة الأتساع حتى يشاركه في الغرم لأنهما يستويان في سبب الغرم وهو الكفالة فيستويان في الغرم تحقيقا في المعادلة فإن أدى الثاني ثم لقي الثالث أخذه تسع وربع تسعمائة وخمسين؛ لأنه يقول للثالث أديت أنا خمسة أتساع إلى الأول تسعا عن نفسي وأربعة أتساع عنك وعن سبعة معك بالكفالة فحصتك نصف تسع بقي ثلاث أتساع ونصف إلى السبعة الباقية فيكون ذلك علينا نصفين لأنهما في الكفالة سيّان فوجب أن يستويا في الغرم والضمان فأعطى نصف ذلك وهو تسع وثلاثة أرباع تسع ولزمه أيضًا نصف تسع بحكم الأداء عنه فيكون جملة ذلك تسعين وربع، فإن لقي الأول بعد ذلك الثاني أخذ منه نصف ما أخذ من الثالث ليستويا لأنا استوينا في الغرم فيجب أن يستوي في الغنم وهذا غنم أصيبه من الثالث فيشركان فيه، فإن لقيا ذلك الثالث رجع الأول عليه بنصف سهم حصته ثم يجعل بينه والثاني نصفان، فإن لقي الأول والثاني والثالث يرجعان عليه بتمام ثلاثة أتساع وثلث لأنهما يقولان أدينا عنك وعن سبعة معك بالكفالة عدهم ثمانية أتساع تسعا عنك وسبعة أتساع عن صواحبك فيجب أن يكون سبعة أتساع صواحبك علينا أثلاثا فتكون حصتك تسعًا وثلثًا، فإذا ضممت ذلك إلى التسع الذي خصك صار ثلاثة أتساع ونصف إلا أنك أديت إلى الثاني تسعين وربع بقي عليك التسع ونصف سدس بتسعمائة وخمسين.

(القسم الرابع): ولو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل ضامن عن صاحبه فأدى أحدهم شيئًا فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه، وإن لم يعين وفي وجه يكون المؤدي عنه وعن صاحبه، وفي وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين وإن عين يكون عن صاحبه. مثال الأول: ولو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم يكون إلى تمام الثلث عنه وما زاد على الثلث يكون عنهما، ولو قال هذا عن كفالة صاحبي لا يصح؛ لأن التعيين لا يصح لأنا لو صححناه في الابتداء يؤدي إلى إبطاله في الانتهاء؛ لأن المؤدي متى جعل المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضًا بحكم الكفالة عنه فيكون أداؤه كأدائه ثم وثم فيؤدي إلى الدور والدور ساقط فلأنه لا فائدة في التعيين هنا؛ لأن ما وجب عليهم جميعا كله من الكفالة فيكون الجنس متحدا والتعيين في جنس واحد صائغ؛ لأنه لا يفيد فيوقع المؤدي عن المؤدى لا عن صاحبه إلا أن يجاوز حصته فتكون الزيادة عن صاحبه؛ لأنه حينئذ لا يؤدي إلى الدور؛ لأنه ليس لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدي بالكفالة لأنهما لم يبقيا كفيلين عن المؤدي؛ لأنه لم يبق على المؤدي دين ولأن التعيين مقيد في الزيادة **والثاني**: لو كان على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلا عن البعض فأدى أحدهم شيئًا يكون مؤديا عن نفسه وعن صاحبه وإن عين عن أحدهما لا يصح؛ لأن ما وجب عليهما جميعا كله بسبب واحد وهو الكفالة فيكون جنس الدين وحدًا لاتحاد السبب والتعين في جنس واحد لغو فكان المؤدي شائعا في الكل ولأنه يؤدي إلى الدور ولأنه متى جعل المؤدي عن صاحبه فلصاحبه أن يجعل المؤدي عنه؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، **والثالث**: لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم يكفل عنه إن أدى الكفيل شيئًا ولم يعين كان المؤدي عنه وإن عين يكون عن صاحبه؛ لأن التعيين عن نفسه إن لم يثبت نصًا ثبت دلالة؛ لأن ما عليه بحكم المداينة أقوى وآكد مما وجب عليه بحكم الكفالة، ألا ترى أن الطالب يملك إخراجه عن دين الكفالة بالإبراء شاء أو أبى ولا يملك في حق المطلوب والظاهر من حال المؤدي أنه يبدأ بالأقوى فالأقوى فيثبت التعيين عن نفسه دلالة

وإن عين عن صاحبه يصح؛ لأن الدينين إنما وجبا بسببين مختلفين أحدهما بالمداينة والآخر بالكفالة فيكونا دينين مختلفين حكما والتعيين في جنسين مختلفين مقيد فيصح كما لو كان عليه كفارة القتل وكفارة الظهار أو كفارة اليمين يصح تعيينه في أحدهما فكذا هذا.

(**المنتقى**): رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أنّ كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيئًا فله أن يرجع بجميع ما أدى عن المكفول عنه، وإن شاء رجع عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه، وإن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف والفرق أنهما متى ضمنا عنه بأمره كان صاحب المال معهما في الضمان فما أدى أحدهما من شيء فنصفه مما ضمن عن صاحب المال ونصفه مما ضمن عن صاحبه، فإذا ضمنا عنه بغير أمره فكان كل واحد منهما ضمن للغريم خمسمائة على حدة لأن كل واحد ضمن ما على صاحبه بأمره.

قال أبو يوسف رحمه الله: إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره.

(باب ما يصح تسليم الكفيل المكفول به وما لا يصح تسليمه)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في تسليم المكفول به.

والثاني: في مكان تسليمه.

كفل بنفس رجل ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء؛ لأن موجب الالتزام هو البراءة عند التسليم فيثبت نص عليها أم لا، ألا ترى أن الغاصب مع جنايته يستوجب البراءة عند التسليم كالذي لا جناية منه أولى والتسليم هو التخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فخذه إن شئت ثم لا يخلو إما أن سلم بعد الطلب منه أو قبله، فإن سلمه إليه بعدما

طلب منه يبرأ، وإن لم يقل سلمت إليك بحكم الكفالة؛ لأن التسليم حصل بناء على طلب الطالب بحكم الكفالة فتقع عن جهة الكفالة؛ لأن التسليم لما كان بناء عليه يتضمن إعادة لما في الطلب فصار كأنه قال سلمت إليك من جهة الكفالة وإن سلمه من غير طلب الطالب لا يبرأ ما لم يقل سلمت إليك بجهة الكفالة؛ لأن التسليم محتمل قد يكون بحكم الكفالة وقد يكون بحكم الاستعانة أو الإجارة والتسليم فعل وهو الإعطاء فعل التسليم بجهة الكفالة وبجهة الإجارة سواء ولا يترجح أحد التسليمين على الآخر فبقي محتملا فلا يبرأ بخلاف ما لو أقر الطالب فقال قبضت نفس فلان من فلان يبرأ الكفيل وحمل على القبض بجهة الكفالة؛ لأن الإقرار بالقبض كلام واختار عن القبض والقبض بجهة الكفالة قبض من كل وجه؛ لأن التسليم واجب عليه والقبض بجهة الإجازة قبض صورة لا معنى؛ لأنه لا تسليم عليه لهذه الجهة فانصرف الكلام إلى الحقيقة وهو القبض بحكم الكفالة، ولو سلم الكفيل يجبر الطالب على القبول ولو سلمه غير الكفيل فله أن لا يقبل؛ لأن التسليم مستحق على الكفيل لا على غيره، فإذا أبى بما هو المستحق عليه ولو لم يبرأ عنه لا يخرج عن عهدة الكفالة إذا دفع المكفول به نفسه إلى الطالب من كفالة فلان برئ الكفيل وكذلك وكيل الكفيل ورسوله لو سلم جاز ولو لم يقل من كفالته لا يبرأ؛ لأنه أتى بتسليم ما هو مستحق عليه وفي تسليمه فائدة وهو دفع يعرض الكفيل عن نفسه إن كانت الكفالة بغير أمره ويكسب براءة عن مطالبته إن كانت الكفالة بأمره.

كفل وصي الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل إلى ورثته أو غرمائه لم يبرأ؛ لأنه متى كان في التركة دين فحق القبض بما وجب بعقود الوصي للوصي لا للوارث والغريم فصار كما لو دفعه إلى أجنبي حتى لو لم يكن في التركة دين برئ بالدفع إلى الوارث؛ لأن حق القبض والتصرف له. مات المكفول له وعليه دين محيط فسلم الكفيل بالنفس إلى الغرماء والورثة لا يبرأ لما بينا، فإن أدى الورثة الدين جاز دفعه إليهم؛ لأن الوارث ممنوع عن التصرف في التركة ما لم يقض الدين، فإذا قضى الدين زال الحجر ويثبت إطلاق التصرف في التركة وهي ملكها

فانقلب التسليم إليه صحيحا. وصيان لليتيم يكفلان رجلا فدفع إلى أحدهما برئ منه وللآخر أن يأخذه.

وكذلك الوكيلان لو سلم الكفيل المكفول به إلى أحدهما يبرأ عن حصته ولا يبرأ عن حصة الآخر وكذا هذا وصار كما لو باعا عبدا من تركة الميت فسلم المشتري الثمن إلى أحد الوصيين لا يبرأ عن نصيب الآخر فكذا هذا، كفل ثلاثة بنفس رجل وبعضهم كفيل عن بعض كان له أن يأخذ كل واحد بنفس المطلوب خاصة لما تبين وأنهم سلم برئوا جميعا إلا إذا كانت الكفالة متفرقة فلا يبرأ صاحبه؛ لأن الكفالة متى كانت مجتمعة يجب على كل واحد تسليم ثلثه ولا يمكنه تسليم ثلث المطلوب دون تسليم الثلثين فيصير كل واحد منهم وكيلا عن صاحبه في تسليم ثلثه ضرورة إمكان تسليم الثلث كثلثه. اشتروا عبدا من رجل صفقة واحدة يصير كل واحد منهم وكيلا عن صاحبه بأداء حصتهما من الثمن حتى لو أدى جميع الثمن أجبر البائع على القبول فكذا هذا ومتى كانت الكفالة وقعت متفرقة استحق الطالب على كل واحد منهم تسليم المطلوب بكماله فيقع تسليم أحدهم عن نفسه لا عن صاحبيه؛ لأنه يمكنه تسليم ما كفل به عن نفسه دون صاحبه فلا يصير وكيلا عن صاحبه، كثلاثة نفر اشترى كل واحد ثلث العبد صفقة واحدة على حدة فأدى واحد جميع الثمن لا يجبر البائع على القبول؛ لأنه متبرع وليس بوكيل عن صاحبيه بأداء شيء فكذا هذا. فضولي قال سلمت نفس المطلوب إليك عن فلان الكفيل لم يبرأ الكفيل إن لم يرض به الطالب؛ لأن التسليم مستحق على الكفيل والفضولي متبرع فلا يقع تسليمه عن جهة المستحق إلا برضاء الطالب فإن غاب المكفول به أجل الكفيل مقدار سيره وإتيانه.

وإن مضى الأجل ولم يحضره حبس؛ لأن الحبس عقوبة فلا تستحقه عليه إلا بعد ظهور الظلم والمماطلة لقوله عليه السلام: "**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**"(١) وبعد التأجيل

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٤٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«مسلم» ٣٤/٥ (٤٠٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق.

ظهرت مماطلته وظلمه فيستحق حبسه وقتًا كما في سائر الحقوق، فإن كان في موضع تعذر الخروج إليه لا يحبس؛ لأنه معذور عاجز وليس بمماطل ولا عقوبة على المعذور. كفل بنفس رجل فغاب إلى بلد فأخذ الكفيل كتاب القاضي إلى قاضي ذلك البلد فأمره بالخروج معه ليسلمه ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل؛ لأنه لم يعجز عن تسليمه متى عرف مكانه كما لو غاب إلى بلدة أخرى في دار الإسلام لا يجعل ميتا في حق ما عليه بلحوقه دار الحرب كما لو كان عليه قصاص أو دين أو حق لا يجعل ميتا في حق سقوط حقوق الناس عليه فإنما يجعل ميتا في حق إزالة أملاكه عنه عقوبة عليه قالوا وهذا إذا كان بحال يتهيأ له رده بأن عرف مكانه أو كان ميتا وبينهم موادعة إن من دخل دارهم منا مرتدا فإنهم يردون علينا، فأما إذا كان بحال لا يتهيأ له رده بأن لم يعرف مكانه أو لا موادعة بيننا وبينهم، فإنه لا يؤخذ به؛ لأنه عاجز عن تسليمه ولا يقدر عليه إلا بعد أن يطوف جميع الدنيا وليس في وسعه ذلك كالكفيل بالدين إذا اعتبر، فإن كانت امرأة فسبيت بعد اللحاق بدار الحرب يبرأ الكفيل؛ لأنه عجز عن تسليمها.

(فصل)

ولو سلم المكفول به في سجن أو مغارة لا يبرأ؛ لأن المستحق عليه تسليم ليمكن الظالم من أعدائه مجلس الحكم حتى يستخرج الحق منه فلا يمكنه ذلك كان في المغارة أو كان محبوسًا بدين غيره فكان بمنزلة من اشترى رمكة في مغارة فسلمها البائع إليه وهي مهملة غير مفيدة لا يصح؛ لأنه لا يتمكن من قبضها قالوا وهذا إذا كان محبوسًا في سجن قاضٍ آخر في بلد آخر؛ لأن المكفول به ليس في يد القاضي ولا تجب ولايته؛ لأنه لا ولاية له على ذلك المصر فلا يسقط عن الكفيل التسليم فيطالب بالتسليم؛ لأنه قادر على تسليمه بأن يوفي ما عليه من الحق حتى يخلي سبيله.

فأما إذا كان محبوسًا في سجن القاضي الذي تخاصما إليه أو في سجن قاض آخر أو في سجن أمير البلد في هذا المصر لا يطالب بتسليمه استحسانًا لأن سجنه

بيده وتجب ولايته فيخلي القاضي سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن، وكذلك سجن قاض آخر أو أمير البلد في هذا المصر كسجنه؛ لأن له ولاية على أهل هذا المصر كلهم إلا أنه نصيب قاض آخر إذا كانت البلدة عظيمة؛ لأن الواحد ربما لا يمكنه القيام بجميع أمور الناس أو دفعا للحرج عن الناس لا لقصور ولاية كل واحد منهما على أهل هذا المصر، ولهذا لو امتلأ أهل السجين كان لكل واحد أن يصرف الباقي إلى سجن الآخر.

ولو دفع إليه في مصر آخر سلطان يبرأ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يبرأ؛ لأن تسليم المطلوب مما يختلف باختلاف الأماكن، فإنه قد يحصل التسليم في مكان لا يتمكن من الخصومة معه فوجب أن يتعين مكان العقد مكان التسليم بدلالة الحال كما في السلم إذا كان له حمل ومؤنة، له: أن المقصود من تسليم المكفول به إمكان الخصومة معه واستخراج الحق منه بالإثبات عليه وهذا المقصود يحصل في الأمصار كلها ومتى لم يختلف التسليم باختلاف الأماكن لا يتعين مكان العقد مكانا للتسليم كما في السلم إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

ولو سلمه في السواد أو في موضع ليس فيه قاضٍ لم يبرأ؛ لأن تسليمه إليه في هذا الموضع ليس بسبب الوصول إلى حقه.

ولو شرط أن يدفعه عند الأمير فدفعه عند القاضي أو عزل وولى غيره فدفعه إليه عند الثاني فهو جائز؛ لأن المقصود متحد هذا إذا وقعت الكفالة مطلقة فأما إذا شرط التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما.

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الرواية عنه في باب السلم إذا لم يكن حمل ومؤنة وإن شرط التسليم في مكان بعينه في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلمه في غير ذلك المكان بأن شرط أن يسلمه في المسجد الجامع فسلمه في السوق بين الكفيل.

وذكر الخصاف، عن أبي يوسف: أنه لا يبرأ قياسا؛ لأنه شرط مقيد؛ لأنه قد تيسر عليه الإغداء من المكان المشروط إلى مجلس الحكم بأن يجد من يعينه على

إحضاره مجلس الحكم من جيرانه وأقربائه أو يكون أقرب إلى مجلس الحكم فيخف عليه مؤنة الإحضار متى احتاج إلى إحضاره بأعوان القاضي والشرط متى أفاد يجب مراعاته وجه الاستحسان: أن المقصود من التسليم في المكان المشروط أن يتمكن من إحضاره وإغدائه مجلس الحكم لإمكان الخصومة معه واستخراج الحق منه وهذا المقصود حصل متى سلمه في غير المكان المشروط، فإنه يجد من يعينه إذا كان من عادة أهل تلك البلد أنهم لا يزعجون الخصم من المدعِي بل يعينوه على الإغداء ولا يراعي من الشروط هذا الشرط وإليه أشار في الكتاب؛ لأنه قال دفعته في المصر والمكفول به لا يستطيع أن يمتنع منه قال رحب، ثم قال ثانيا أنا على مثل كفالتي التي تصير كفيلا؛ لأن هذه كفالة مسابقة محددة؛ لأن مثل الشيء غيره والعابرة إنما تتحقق بين شيئين فكانت الثانية غير الأولى.

(المنتقى): المكفول به محبوس بدين عليه فأخرجه القاضي بخصومة الطالب فقال الكفيل للطالب قد دفعته إليك، فإن قال ذلك قدام القاضي يرى من الكفالة، وإن قال في غير مجلس القاضي وهو ممنوع منه مع رسول القاضي لا يبرأ من الكفالة؛ لأنه لم يصح تسليمه؛ لأنه لا يقدر على دفعه.

قال محمد رحمه الله: إذا تكفل بنفس رجل وسلمه إليه في الحبس بعدما أحضره من الحبس في مجلس القضاء لم يبرأ، وإن تكفل به وهو في المجلس وسلمه في الحبس برئ؛ لأنه سلم كما كفل به وإن تكفل به في الحبس ثم خلي ثم حبس ثانية فدفعه إليه في الحبس الثاني، فإن كان الحبس الثاني في أمر من أمور التجارة ونحوها برئ، وإن كان في شيء آخر من أموره السلطان لم يبرأ.

ولو كان المكفول به محبوسا في الدم فلا سبيل على المكفول بالنفس؛ لأنه لا يقدر على إخراجه، ولو حبس الكفيل في الكفالة ثم علم أن المكفول به غائب ببعض الأمصار فأمر القاضي للطالب أن يأخذ منه كفيلا بنفسه ويخرجه من السجن حتى يجيء بالمكفول به، وكذلك لو حبسه بدين عليه فسأل عنه فلم يوجد له في هذا المصر مال وكان ماله بخراسان، فإنه يخرجه ويأمره أن يأخذ منه كفيلا بنفسه على قدر المسافة فيبيع ماله ويقضي دينه.

رجل كفل بنفس رجل في قرية أو مصر ولم يبين أن يرده في أي موضع. قال محمد: لا يأخذه به إلا حيث كفل له به ويدفعه حيث يجعل الكفالة.

(باب اشتراط أداء المال من مال المكفول به)

(المبسوط): كفل المودع على أن يعطيه من الوديعة بأمره يجوز ما دامت الوديعة قائمة، فإن هلكت أو غصبت برئ.

وقال زفر: لا يصح هذا الضمان؛ لأنه لو صح صارت الوديعة مضمونة الرد على المودع بالشرط، فإنه يلزمه ردها بهذه الكفالة إلى غريم صاحب الوديعة والوديعة لا يجوز أن تصير مضمونة بالرد بالشرط فبقي أمرا بقضاء الدين، لنا أنه لو ضمن هذا الإيفاء من ماله صح، فإذا ضمن الإيفاء من مال المكفول عنه أولى أن يصح؛ لأن فيه نوع توثيق الدين والوديعة لا يجوز أن تصير مضمونة الرد بالشرط مقصودا أما يجوز أن تصير مضمونة الرد حكما لقضاء ما ضمن من وديعته فكأنه أعار الوديعة لقضاء ما عليه فيجوز أن تصير مضمونة الرد بالإعارة كالعارية تصير مضمونة الرد لا مضمونة العين وليس للمطلوب أن يأخذ الوديعة منه؛ لأنه لما صح ضمان قضاء الدين من الوديعة وجب على الكفيل فصار الدين من الوديعة فصارت الوديعة مشغولة بحق الطالب فصار بمعنى الرهن والرهن مع وضع على يدي عدل لم يكن للراهن أن يأخذ من يده لكونه مشغولا بحق المرتهن فكذا هذا، ولو كفل له يأمره على أن يعطيه من ثمن داره فلم يبعها لم يضمن؛ لأنه إنما ضمن المال على أن يعطيه من ثمن هذه الدار فما لم يصل ثمنها إلى يده بالبيع لا يلزمه شيء كما لو ضمن قضاؤه من الوديعة وهلكت حتى عجز عن القضاء من عينها برئ ولا يجبر على البيع؛ لأن الأداء قبل البيع غير واجب عليه؛ لأن الكفالة مضافة إلى ثمن هذه الدار ولا يوجد الثمن إلا بالبيع فتصير الكفالة كالمضافة إلى وقت في المستقبل وهو ما بعد بيع هذه الدار والكفالة متى كانت مضافة إلى وقت المستقبل فما لم يوجد الوقت المضاف إليه لا يلزمه الأداء فكذا هذا. كفل بمال على أن يجعل له جعلا ولم يشترط الجعل في أصل الضمان جاز الضمان وبطل الجعل؛ لأن الكفيل

مقرض في حق المطلوب، فإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه وأنه ربا.

وإن كان الجعل مشروطا في أصل الضمان بطل الضمان والجعل وفي بعض الروايات الضمان جائز والجعل غير جائز؛ لأن الكفالة لا يبطلها الشروط الفاسدة كما لو كفل إلى أن تمطر السماء أو تهب الريح. وجه الرواية الأولى: أن الكفيل ما التزم المال مطلقًا بل التزم بشرط أن يسلم له الجعل ولا يسلم له؛ لأنه شرط فيه منفعة للكفيل فيكون بمعنى الربا فلا يؤاخذ بالكفالة؛ لأنه ما كفل بدون الجعل.

(فصل)

ولو أخذ الكفيل الدين من المكفول عنه قبل الأداء فلا يخلو إما أن يكون كفيلا بالأيمان أو بالأعيان، ولا يخلو إما أن أخذه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء، فإن قبضه على وجه الرسالة بأن قال له خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب فتصرف فيه وربح لا يطيب له الربح سواء كان ثمنا أو عينا؛ لأنه مودع فيه والمودع إذا تصرف في الوديعة وربح لم يطلب له الربح خلافا لأبي يوسف.

وإن قبضه على وجه الاقتضاء بأن قال له المطلوب: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيتكه قبل أن يؤديه فذلك جائز؛ لأن الكفيل قد التزم المطالبة وثبت له حق مطالبة المكفول عنه أيضًا وذلك مما يستحق به الاقتضاء كحقيقة الدين، فإذا قضاه صح.

وإن أراد أن يرجع فيه ليس له ذلك؛ لأن المقبوض صار حقا للقابض على احتمال أن يؤدي الدين بنفسه فما لم يبق هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه ليس له أن يرجع، فإن تصرف فيه وربح ففي الأيمان يطيب له سواء أدى الأصيل الدين بنفسه أم الكفيل؛ لأن الأيمان لا تتعين عندنا فلا يكون الربح على ذلك المال.

فأما في الأعيان فعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات: في رواية هذا الكتاب يطيب له، وفي رواية كتاب البيوع لا يطيب، وفي (**الجامع الصغير**) قال: يستحب له

أن يؤديه إلى الأصيل وعندهما يطيب له؛ لأن الربح حصل على ملك صحيح بضرورة المقبوض ملكًا له بالقبض.

لأبي حنيفة رحمه الله: إن اقتضاه فأقر غير خالٍ عن الشبهة؛ لأن المكفول عنه بسبيل من أن يقضي الدين بنفسه فيسترد منه غير ما أعطاه فأورث شبهة في الاقتضاء فيتمكن الحنث فيه إلا أن هذا الحنث ثبت لحق الأصيل فسبيله أن يرد عليه.

(المنتقى): ولو ضمن المودع بأمره على أن يعطيه من الوديعة عنده ثم رد الوديعة إلى المكفول عنه ينظر إن كانت الوديعة دراهم أو دنانير فالمال لازم له، فإن كانت عينا كالعبد والدابة لا يلزمه المال والفرق أن في الدراهم والدنانير يجبر على أن يعطيه منها؛ لأنه من جنس حقه ولا يجبر على بيع العين؛ لأنه ليس من جنس حقه ولكنه متى باعه أجبر على أن يعطيه من ثمنه.

ولو ضمن على أن يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل؛ لأن الضمان تعلق بهذا العبد فيبقى ببقائه ويبطل بهلاكه، وإن باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين ألف لم يلزمه من الضمان إلا قدر ثمن العبد، فإن ضمن له المال على أن يعطيه من مال المكفول له أو ضمن على أن يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له فالضمان باطل، وإن ضمن له على أن يعطيه من ثمن هذا العبد ولا عبد له فالضمان لازم؛ لأنه اشترط أن يعطيه ذلك من شيء مجهول يتوهم أن يكون في ملكه وليس هذا كالشيء بعينه؛ لأن المعين ليس في ملكه قطعا فلا يمكنه إعطاء الضمان عنه ألا ترى أنه لو قال: من مالي ولا مال له يلزمه الضمان، ولو قال: من هذا المال وهو ملك غيره لا يلزمه.

(باب إبراء الكفيل الأصيل أو أحدهما)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في البراءة المرسلة.

والثاني: في البراءة المعلقة.

والثالث: في البراءة من المال المكفول به.

والرابع: في نفي الحق قبل المكفول له.

(فصل)

ولو أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، ولو أبرأ الأصيل برئ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب سقوط الدين وسقوطه يوجب سقوط المطالبة؛ لأنها مبنية على وجوب الدين وبراءة الكفيل توجب سقوط المطالبة؛ لأن الثابت على الكفيل المطالبة وسقوط المطالبة لا توجب سقوط الدين.

ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه أو وهبه جاز ذلك، وإن أدى الكفيل بعد ذلك يرجع عليه؛ لأن الحق انعقد سبب وجوبه وهو الكفالة بأمره، وإن لم يكن واجبًا قبل الأداء لكن الإبراء بعد وجود السبب كما في الأجرة.

ولو كان كفيلا بالمال والنفس فقال ادفع نفس المطلوب وأنت بريء من المال وقال: ادفع المال وأنت بريء من النفس لا يجوز؛ لأن براءة الكفيل بالشرط لا تجوز لما تبين في الفصل الثاني.

ولو قال للكفيل: أبرأتك، فقال: لا أقبل، يبرأ.

ولو قال: وهبته، يرتد برده، ولو قال ذلك للأصيل فرد يرتد فيهما وعاد الدين عليه وعلى كفيله والفرق أن إبراء الكفيل إسقاط محض وهو إسقاط المطالبة المجردة وليس فيه تمليك مال؛ لأنه لا دين في ذمة الكفيل والإسقاط المحض لا يرتد بالرد كالطلاق والعتاق؛ لأنه بنفس الإبراء تلاشى واضمحل فعوده كيف يتصور بخلاف الهبة، فإن الهبة تمليك الدين الذي للطالب على الأصيل من الكفيل وهو كالواجب على الكفيل من وجه لما تبين فكان هذا إسقاطا فيه نوع تمليك فيرتد بالرد لمعنى التمليك فيه بخلاف الأصيل، فإن الإبراء والهبة كلاهما في حقه إسقاط فيه معنى التمليك وهو تمليك الدين منه، فإنه بالإبراء يملك ما في ذمته ثم يسقط كما مر في كتاب الهبة.

وبراءة الكفيل إنما تثبت في ضمن براءة الأصيل، فإنه قصد بالبراءة الأصيل ولم يقصد بها الكفيل وقد انتقضت البراءة في حق الأصيل برده فينتقض ما ثبت في

ضمنها من براءة الكفيل فبقي الدين عليهما الدين على ميت فقال الطالب أبرأته أو هو في حل أو وهبته له فقالت الورثة لا يقبل فلهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه بريء، وقال محمد رحمه الله: لا يصح ردهم.

لمحمد: أن الإبراء وقع للميت لا للوارث؛ لأن الدين يبقى على الميت لما ترك رفاته، ولهذا صحت الكفالة عن ميت ملئ فلا يقبل رد الوارث وقبوله، فإن كان الوارث مطالبا به كالكفيل إذا رد براءة الأصيل وكالوكيل بقضاء الدين إذا رد براءة الموكل لا يصح، وإن كان مطالبا؛ لأن الإبراء وقع للأصيل والموكل فلم يعمل رد الكفيل والوكيل فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الإبراء وقع للوارث من حيث المعنى؛ لأن الدين سقط عن الميت في حق أحكام الدنيا؛ لأن الدين عبارة عن تمليك المال من الدائن وذلك لا يتصور من الميت فسقط عنه وانتقل إلى الوارث، ولهذا المطالب بالدين هو الوارث ومنفعته في الدنيا عائدة إلى الوارث لا إلى الميت ولكن ينتفع به في حق أحكام الآخرة وهو تخليص رقبته وتبريد جلدته عن النار فصار الإبراء واقعا للوارث في حق أحكام الدنيا فيعمل رده بخلاف الكفيل والوكيل؛ لأن البراءة وقعت للأصيل صورة ومعنى؛ لأن الدين عليه ومنفعة الإبراء عائدة عليه في الدنيا. كفل بألف فمات الطالب والمطلوب وإرثه بربا، وكذلك الحوالة بأمره؛ لأنه لواحد من الكفيل كان للكفيل أن يأخذ منه ثانيا؛ لأنه كفل بأمره فيكون عليه تخليصه فلا يكون له إتباع الكفيل لعدم الفائدة.

ولو كفل أو أحال بغير أمره رجع بها على المحتال عليه والكفيل وهو تطوع من الكفيل؛ لأنه يقيد الأخذ منه؛ لأنه لواحد منه لا يكون للكفيل أخذه منه ثانيا متى كانت الكفالة بغير أمره هذا إذا كان شرط براءة الأصيل، وإن كفل مطلقًا لا يشترط براءة الأصيل لا يرجع بها على الكفيل كفل بأمره أو بغير أمره؛ لأن المطلوب بريء عن الدين لما ورثه من الطالب وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فأما الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبراءة الأصيل لا توجب براءة الحويل؛ لأنه لو أوجب براءة الحوالة ما صحت الحوالة أبدا.

ولو كان الكفيل وارث الطالب رجع على المكفول عنه إن كفل بأمره وإلا فلا؛ لأنه ملك ما في ذمة الأصيل بالكفالة فصار كما لو ملكه بالهبة أو الإبقاء.

(فصل)

وتعليق براءة الكفيل بالشرط جائز على رواية هذا الكتاب، وفي رواية **(كتاب الصلح)**: لا يجوز بخلاف براءة الأصيل؛ لأن هذه براءة مؤجلة؛ لأن التعليق بالشرط في معنى التأجيل والبراءة المؤجلة لا تصح، كما لو قال: أبرأتك إلى شهر، وجه رواية هذا الكتاب أنه ليس فيه معنى التمليك؛ لأن الكفالة التزام المطالبة بتسليم المال وليست بالتزام المال فلم يكن المال واجبا في ذمة الكفيل فلم يكن الإبراء تمليكا فبقي إسقاطا محضا فيصح تعليقه بالشرط بخلاف براءة الأصيل؛ لأن فيها معنى التمليك؛ لأن المال واجب عليه، كما لو قال للمطلوب إذا جاء غد فأنت بريء من الدين لا يجوز؛ لأن فيه تمليكًا من وجه والإبراء إذا تضمن معنى التمليك لا يجوز تعليقه بالأخطار.

ثم المسائل على **ثلاثة أوجه**: إما أن قال المطالب للكفيل بالنفس: أعطني بعض الدين وأنت بريء من الكفالة، أو قال: أعطني عشرة وأنت بريء من الكفالة، أو قال: أعطني المال الذي لي عليه وارجع عليه وأنت بريء من الكفالة.

أما الأول: لو قال: أعطني بعض المال وأنت بريء عن الكفالة جاز وبرئ؛ لأنه ما جعل المال بدلا عن الكفالة بالنفس بل تبرع قد حصل منه ببعض الدين والتبرع بقضاء الدين جائز والبراءة عن الكفالة جائزة، فإنه لم يأخذ بإزائها عوضا؛ لأن الطالب استوفى دينه وأخذ حقه وحق الإنسان لا يصلح عوضا عن حقه.

والثاني: لو قال: أعطني عشرة وأنت بريء من الكفالة لا يجوز؛ لأن الاعتياض عن الكفالة بالنفس لا يصح؛ لأنها ليست بمال ولا هو في معنى المال فصار كالاعتياض عن الشفعة ثم هل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان ذكرها هنا أنها لا تبطل وفي رواية تبطل؛ لأن الاعتياض عن الكفالة بالنفس لا جواز له بحال ما فلا يقع فاسدًا معتبرًا بل يقع لغوا باطلا فلا يؤثر في فساد ما ضم إليه وهو الإبراء فوقع الإبراء صحيحا فبطلت الكفالة. وجه هذه الرواية: أنه ما أبرأه مطلقًا بل أبرأه بشرط

أن يسلم له المال، فإذا لم يسلم له المال ينبغي أن لا يصح الإبراء؛ لأنه لم يرض الاعتياض عن العوض بخلاف الاعتياض عن الشفعة؛ لأن العوض المسمى إن لم يسلم له سلم له عوض آخر وهو سقوط تسليم الدين عن الشفعة فحصل له عوض من حيث المعنى فصار راضيا به فصح التسليم.

والثالثة: لو قال: أعطني المال الذي لي عليه وارجع عليه وأنت بريء من الكفالة لا يجوز؛ لأنه يؤدي دين غيره بغير أمره بشرط أن يرجع على من عليه الدين وهذا خلاف مقتضى الشرع فلا يصح الأداء؛ لأن هذه معاوضة فاسدة وكان له أن يسترد المال من الطالب كما إذا وهب عبدا بشرط أن يعوضه مائة درهم فلم يعوض كان له أن يرجع في العبد فكذا هذا، وإذا لم يصح القضاء لم تصح البراءة؛ لأنه شرط البراءة بعوض ولم يسلم له العوض فبطلت البراءة.

ولو قال للكفيل بالنفس: إذا جاء غد أنت بريء من الكفالة، فإنه يجوز؛ لأنه ليس في معنى التمليك؛ لأنه مجرد إسقاط.

ولو قال للكفيل بالمال: إن وافيتك به غدا فأنا بريء من المال فوافاه برئ من المال؛ لأن هذا تعليق البراءة وليس فيه معنى التمليك.

(فصل)

مسائله على أوجه:

الأول: لو قال الطالب للكفيل: أبرأتك من المال المكفول به أو أنت في حل فهو إبراء لا إقرار بالقبض.

ولو قال: برئت إليّ من المال المكفول به فهو إقرار بالقبض حتى لا يرجع الطالب بالقبض على الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما كفل والفرق أن في قوله برئت إلي أضاف البراءة إلى نفسه وإلى الكفيل والبراءة التي تقع بفعلهما هو البراءة بالقبض وهو الإيفاء والاستيفاء، ولهذا يكتب في الصكوك وبرئ إليه منه ويراد به براءة قبض واستيفاء فصار قوله برئت إلي بمنزلة قوله قبضت منك المال المكفول به وفي قوله: أبرأتك أضاف البراءة إلى نفسه خاصة والبراءة التي يختص به الطالب هو البراءة بالإبراء؛ لأنه يقع بفعله لا غير.

فأما البراءة بالإيفاء تقع بفعلهما وهو الإيفاء والاستيفاء، وإذا ظفر بجنس حقه من مال الكفيل فأخذه لا يكون الطالب منفردا بالبراءة وإنما حصلت البراءة بفعله وبمال الكفيل فيكون براءة قبض أيضًا.

ولو قال: برئت ولم يقل إليّ فهو قبض عند أبي يوسف خلافا لمحمد.

وقيل: قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

لمحمد: إن قوله: برئت محتمل البراءة بالإيفاء ويحتمل البراءة بالإبراء ولم يوجد هنا دلالة تدل على أنه بالإيفاء وهو الإضافة إليهما وقد ينفيا بالبراءة وشككنا في الأداء والإيفاء فلا يثبت الأداء بالشك.

ولأبي يوسف: أنه أضاف البراءة إلى الكفيل خاصة، فإنه ذكر حرف الإضافة وهو إليه أو يذكر هذا إذا وجد الفعل من المضاف إليه على الخصوص كما قمت وقعدت وأكلت، فالبراءة التي توجد من الكفيل خاصة دون غيره هو البراءة بالإيفاء بأن يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين الطالب للمال فتقع له البراءة بفعله خاصة. فأما البراءة بالإبراء توجد بفعل الطالب لا بفعل الكفالة فلا تكون البراءة حينئذ مضافا إليه.

(فصل)

ولو قال الطالب: لا حق لي قبل المكفول به لا يبرأ الكفيل، ولو قال: لا حق لي قبله من وجه يبرأ الكفيل؛ لأن في الأول بقي الحق المضاف إليه والحق المضاف إليه ينصرف إلى الحق الثابت بحكم الملك، فأما الحق الثابت له بحكم النيابة عن الغير مضاف إليه من حيث الدعوى والخصومة ومن حيث الملك مضاف إلى الغير فكان قاصرا عن الإضافة إليه فلا يتناوله مطلق اسم الحق المضاف إليه فالأصيل إن برئ عن الحق الثابت قبله بحكم الملك لم يبرأ له عن الحق الثابت له بحكم النيابة بأن كان وكيلا بالخصومة أو وصى الميت ولعل الكفالة حصلت بهذا الحق لا بالحق الثابت له بحكم الملك فيقع الشك في بطلانها فلا يبطل بالشك وفي الثاني عن الحقوق كلها بالنفي فيتناول كلا الحقين.

(المنتقى): رجل قال لرجل: قد وهبت مالي عليك فلم يعلم من الموهوب له قبوله حتى مات قال جائز؛ لأن الهبة قد صحت؛ لأنها إبراء والإبراء تم بالمبرئ وحده وإنما يبطل بالرد وصاحب الدين فلم يثبت رده فبقي الإبراء صحيحًا كما كان، ولهذا لو أبرأ الميت عن دين له عليه جاز.

وإن كان الموهوب له مريضا قال لا أقبل عاد المال عليه، وإن كان الواهب وارث المريض جازت البراءة ولم يعد المال عليه؛ لأنه انعقد بسبب استحقاق وماله لوارثه وقد تعلق حق الوارث بماله وينقلب الحق حقيقة بموته والإبراء بعد انعقاد سبب الحق جائز ولا كذلك إذا كان الواهب أجنبيًا، وإذا وهب لأجنبي ما على هذا الرجل فهو باطل إلا أن يكون قبله كلام يدل على براءته بأن طلب الأجنبي منه أن يهبه إليه أو أن يحلله له أو يبرئه أو قال اجعل ذلك لي أو قال هبه لي فقال قد فعلت قال أستحسن أن أجعله براءة؛ لأن الأجنبي يستشفع إليه ويطلب منه تخليص رقبة المديون، فإذا قال وهبته لك صار هذا كناية عن إبراء المديون عرفا الكفيل بالنفس لو أبرأ المكفول به جاز ولا يكون له أن يأخذه؛ لأن حقه على المكفول به وهو وجوب تسليم النفس يحتمل الإسقاط فيسقط كما لو أبرأه المكفول له وللمكفول له أن يأخذ الكفيل؛ لأن حقه قبل الكفيل لم يسقط وفي بقائه فائدة؛ لأن المكفول به ربما يسلم نفسه تبرعا وتعطفا فيتخلص الكفيل عن الكفالة ويصل المكفول له إلى حقه. رجل قال لرجل: إني قد ضمنت مالك على فلان ثم أقام فلان البينة أنه قضى دينه قبل الضمان قال يبرأ الأصيل ولا يبرأ الكفيل؛ لأن القضاء لم يثبت في حق الكفيل لإقراره أن الدين قائم وقت الضمان عن أبي يوسف رحمه الله.

ولو قال المطالب للمطلوب: إذا خرج فلان من السجن أو إذا قدم من سفره فأنت بريء من الدين فهذا باطل ولو كان المطلوب كفيلا بها عن المسجون جاز الإبراء.

(الجامع): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إبراء الكفيل أو الحويل ببدل الصرف.

والثاني: في إبراء المريض الكفيل.

(فصل)

اشترى عشرة دراهم بدينار فدفع إليه الدينار وكفل بالعشرة رجل فأبرأهما المشتري عن العشرة، فإن قبل الصارف انتقض البيع ورد الدينار، وإن لم يقبل بقي البيع وأدى العشرة؛ لأن إبراء المكفول عنه إسقاط من وجه تمليك من وجه؛ لأن الدين مال حكما لا حقيقة فكان إبراء الدين تمليكا من وجه إسقاطا من وجه، ولهذا يرتد بالرد لكونه تمليكا من وجه ويصح من غير قبول لكونه إسقاطا من وجه وقد تعذر تجويز هذه البراءة تمليكا من وجه من المكفول عنه؛ لأن بدل الصرف قبل القبض بمنزلة المبيع لا يجوز تمليكه من البائع ولا من غيره فجوزناها إقالة كهبة المبيع من البائع قبل القبض جعلت إقالة تحريًا للجواز فكذا هذا، والإقالة يتوقف جوازها على قبوله إن قبل انتقض الصرف وإلا فلا.

ولو قال: من عليه العشرة لم يكفل عنه بل أحال بها على حاضر فأبرأ المحتال له المحتال عليه أو لم يقبله؛ لأن البراءة عن بدل الصرف لما صارت كناية عن الإقالة والإقالة لا تجوز إلا برضاء المتعاقدين كما لا يجوز البيع إلا بتراضيهما وقد وجد الرضاء من المحيل والمحال له بنقض البيع؛ لأن المحتال له باشر البراءة وإنها توجب انتقاض الصرف والمحيل لما رضي بالحوالة مع علمه أن الحوالة توجب براءة المحيل وتحول الدين إلى ذمة المحتال عليه فيصح إبراؤه قبل المحال عليه أو رد ولا يكون للمحيل رد ذلك ولا قبوله؛ لأنه لما برئ عن الدين صار راضيا بما تتضمنه هذه الحوالة وهو يقضي الصرف يحصل بعض الصرف بتراضيهما فجاز بخلاف الكفالة إذا أبرأهما تتوقف البراءة على رضاء المكفول عنه؛ لأن المكفول عنه رد البراءة حتى لا ينتقض الصرف إن لم يكن للكفيل الرد فلا يكون أمره بالكفالة رضًا بالقبض فحصل النقض بغير رضاه فيتوقف.

ولو أن المحتال له أجاز على المحتال عليه بغير أمره عليه ثم أبرأه فلم يرض أدى العشرة ويسلم له الدينار؛ لأن الحوالة متى كانت بغير أمر المحيل فالحوالة صحيحة متى لم تؤد إلى نقض البيع؛ لأنه ينفع المحيل ولا يضره، فإنه يبرأ عن الدين ومتى أدى صحتها إلى نقض البيع لا تعتبر صحيحة في حقه؛ لأن ذلك ضرر به فلا ينتقض بغير رضاه.

(فصل)

ولو أبرأ المريض وارثه من الكفالة بالنفس جاز كما لو عفا عن دم عمد عن وارثه؛ لأن المريض مرض الموت بمنزلة الصحيح فيما لم يتعلق به حق الغرماء والورثة وحقهم لا يتعلق بالكفالة بالنفس؛ لأنها ليست بمال، ولهذا لو كان الكفيل بالنفس أجنبيا فأبرأه المريض لم يعتبر من الثلث.

وكذلك لو كان الكفيل بالنفس غير وارث وعلى المريض دين محيط فأبرأ الكفيل ثم مات من مرضه ذلك فهو جائز عليه لما بينا. عليه دين لثلاثة نفر ثلاثة آلاف لكل رجل منهم ألف وليسوا بشركاء فغاب الغريم فشهد اثنان على رجل لصاحبهما أنه كفيل بنفس الغريم جاز.

ولو كانوا شركاء لا يجوز لأنهما يشهدان لأنفسهما، فإنه ما من جزء من أجزاء المشهود به إلا وللشاهد فيه نصيب؛ لأن المشهود به هو الموافاة بنفس الغريم ولهما في الموافاة بنفس الغريم شركة من حيث المعنى؛ لأن المقصود من الموافاة المال ومتى اقتضى الغريم المال كان المال مشتركا بين الشاهدين وبين المشهود له وكان لهما شركاء في المشهود به معنى. فأما إذا لم يكونوا شركاء فقد حصلت شهادتهما لغيرهما من كل وجه وما يحصل لهما من المنفعة وهو التمكن من مطالبة الغريم بماله عليه غير مضاف إلى شهادتهما بل يحصل بموافاة الكفيل للمكفول به إلى المشهود به فقد عريت شهادتهما عن القدح والتهمة فقبلت وصار كما لو شهد رجلان بدين لغيرهما تقبل وإن حصل لهما نوع منفعة بالمشهود به فهو الأخذ منه إن كان من جنس حقهما أوقفت الدين منه بالبيع.

(باب ما يرجع به الكفيل على الأصيل وما لا يرجع)

(المبسوط): أصله: أن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض والكفيل بالأداء مقرض له وثابت عنه في الأداء إلى المكفول له وفي حق المكفول له تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذ منه المال؛ لأن الكفالة بأمر المكفول عنه تبرع بالمطالبة ابتداء وتبرع بضمان المثل انتهاء؛ لأنه التزام المطالبة بالكفالة بحيث لا

محيص عنه إلا بالأداء كالأصيل وكان قاضيا عن نفسه والقاضي عن نفسه معتاض وليس بمقرض؛ لأنه بتمليك ما يقضي بتمليك ما في ذمته والتبرع بضمان المثل إقراض فقبل الأداء الكفيل مقرض ذمته في حق المطالبة، فإذا طولت بالدين كان له الرجوع بالمطالبة لا بالمال وبعد الأداء متبرع بالمال ومتملك ما في ذمة المكفول عنه بدلا عما أدى فيرجع بالمضمون وليس للكفيل أن يأخذ المال من المطلوب قبل الأداء بخلاف الوكيل فإن له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي من عند نفسه والفرق أن الكفيل يلتزم المطالبة وإنما يملك الدين بالأداء فقبل الأداء لا يملك دينه ولا يرجع والوكيل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق فتثبت له المطالبة بمواجب العقد كما تثبت للبائع ولكن يقول خلصني من الكفالة، فإن حبس كان له أن يحبس المكفول عنه؛ لأنه ضمن تخليصه حيث أمره بالكفالة دلالة وإن أدى الدين يرجع على المكفول عنه بما كفل لا بما أدى حتى لو أدى الزيوف وقد كفل بالجياد أو الدنانير مكان الدراهم أو صالح على مكيل أو موزون رجع بما كفل بخلاف المأمور بقضاء الدين إذا قضى يرجع بالمؤدى لأن الكفيل أو قاما عليه بما أدى تملك ما في ذمته وهو الدين ونزل منزلة الطالب فكان له أن يرجع بالمضمون فأما المأمور بقضاء الدين لم يجب عليه شيء حتى يملك المؤدى بالأداء بل هو مقرض المؤدي فيرجع بما أدى. رجلان كفلا بمال على رجل على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه؛ لأن المؤدي وقع شائعا عن الدينين إذ هما شيئان في الوكالة والثبوت بالوكالة، وإن شاء المؤدي رجع بجميع ما أدى على الأصيل؛ لأن ما أدى عن صاحبه أدى دينه بأمره ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بجميع الدين؛ لأن كل واحد كفيل بجميع المال وكذلك مكاتبان كتابة واحدة كل واحد كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه عليه ديون شتى فأعطاه شيئًا فالقول للدافع من أي وجه دفع؛ لأن الديون وجبت بأسباب مختلفة وكانت أجناسا متعددة والتعيين في الأجناس المختلفة صحيح، فإنه مفيد، فإن مات ولم يبين فالوجوه ثلاثة فمن كل وجه ثلاثة؛ لأن الأداء وقع شائعا وصار البيان منه

ميؤوسًا فوقع عن الكل متساويا. كفل رجلان بمال فشهد أحدهما على صاحبه أني دخيل معك في هذا المال وأقر الآخر به أو قال هذا المال كله عليّ ثم أدى المال كله رجع عليه بنصفه لأنهما تصادقا أن كل واحد منهما دخل في هذا المال مع صاحبه في حق النصف وقوله هذا المال كله عليّ محتمل يحتمل كله عليه نصفه بحكم الأمانة ونصفه بحكم الكفالة عن صاحبه فمتى بين ما يحتمله إقراره يلتحق به ويجعل كالمنطوق به بخلاف ما لو قال المال كله عليّ وصاحبه كفيل عني لا يرجع ببراءته أراد بقوله المال كله عليّ بحكم الأصالة؛ لأن صاحبه إنما يتصور أن يكون كفيلا إذا كان هو أصيلا والأمر كما يقوله فيصدق فيه، ولو قال أحدهما هو عليّ خاصة لم يصدق حتى يرجع صاحبه عليه بما أدى ولا يرجع هو على صاحبه بشيء؛ لأنه لما أقر أن المال عليه خاصة فقد أقر بكونه أصيلا في ذلك المال والأصيل لا يرجع على الكفيل والكفيل يرجع عليه. رجل كفل عن رجل بمال عليه بغير أمره، ثم قال المكفول عنه قد أخرت ضمانك وضمنته، فإن إجازته باطلة ولا يرجع عليه إن أداه؛ لأن الكفالة بدون أمر المكفول عنه نافذة ملتزمة غير موقوفة على إجازته فإجازته لم تلاق عقدا موقوفا فلم تصح ولو كفل للبائع بالثمن فوهب البائع الثمن من الكفيل فقبضه الكفيل من المشتري. وجد المشتري بالمبيع عيبا قال يرده على البائع ويرجع عليه بالثمن وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل؛ لأن الهبة قد صحت لما اتصل بها فقبض؛ لأن التصرف في الثمن قبل القابض جائز ولو قبض الطالب المال من الكفيل وغاب الكفيل فوجده زيوفا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: أقول للأصيل أعطه ألفًا جيادًا وخذ الزيوف حتى يردها على الكفيل إذا لقيته. رجل ادعى على رجل أنه ضمن له عن فلان ألف درهم بأمره وأنكره فأقام المدعِي البينة على ذلك وقضى عليه بالمال فأداه قال أبو يوسف: له أن يرجع به على المكفول عنه إلا أن يقول بعدما قضى عليه لم يأمرني أن أضمنهما عنه فلا يرجع بها عليه؛ لأنه ثبتت الكفالة بالأمر بالبينة العادلة فثبت حق الرجوع إلا إذا صدر منه تكذيب وزعم أنه لم يأمره بالضمان فيؤاخذ بما في زعمه. رجل له على رجل ألف درهم فأمره الطالب أن يضمن عنه ألفًا لرجل آخر عليه.

قال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت الألفان حالتين فليس للطالب أن يأخذ الكفيل بألفه؛ لأن له أن يرجع على المطالب بمثلها متى أداها فكان له أن يمسكها بحقه.

وإن كانت ألف الطالب مؤجلة والألف التي عليه حالة فله أن يأخذه بالألف إن حلت أو لم تحل؛ لأن المؤجل ليس بمثل المعجل فلا تصير ألفه مستحقة بجهة الكفالة، وإن كانت الألفان مؤجلتين مثلين في المدة ثم حلت لم يكن له أن يأخذه لأنهما لما كانتا متماثلتين صارت ألفه مستحقة الصرف بجهة الكفالة، وكذلك إن كان له عنده وديعة وأمره أن يضمن لغريمه عنه ألفًا فليس له أن يأخذ منه الوديعة.

(باب صلح الكفيل الطالب وما يرجع به على المطلوب)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح الكفيل.

والثاني: في صلح الأصيل.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: فيما إذا كان الكفيل واحدًا.

والثاني: فيما إذا كان له كفيلان.

أما **الأول** مسائله على **أربعة أوجه:** إما أن شرطا في الصلح براءة المطلوب والكفيل، أو شرطا براءة المطلوب خاصة، أو شرطا براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترطا براءة واحد منهما.

وإن شرطا في الصلح براءتهما بأن صالح الكفيل الطالب من الدين الألف على مائة به على أن يبرئهما جميعا برئا ويرجع الكفيل على المكفول بمائة؛ لأن الصلح على جنس حقه إسقاط على بعض حقه واستيفاء للباقي؛ لأن المستوفي لا يصلح بدلا عن المخطوط يصير ربا فقد استوفى الطالب مائة وأبرأه عن التسعمائة وذلك

جائز وقد شرطا براءتهما في الصلح عن تسعمائة فبرئا لأنهما لو شرطا براءة المطلوب خاصة برئا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإذا اشترطا براءتهما أولا ترجع بما استوفى؛ لأنه يملك من الدين أداء القدر، ولو صالحه على مائة على أن يهب له الباقي يرجع بالألف؛ لأن الهبة موضوعة للتمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فيعتبر المال واجبا في ذمة الكفيل حتى يملك ما في ذمته، وإذا ملك الدين يرجع به فأما الإبراء موضوع للإسقاط وليس بتمليك، ولهذا يرتد برده ويكفي بصحة الإسقاط لمجرد المطالبة فلم يعتبر المال واجبا في ذمته فلم يكن الإبراء تمليكا منه فلم يملك الدين بالإبراء، ولو صالحه على جنس سوى الدين يرجع بكل الدين؛ لأن الصلح على خلاف جنس حقه معاوضة ومبادلة؛ لأن خلاف جنسه يصلح بدلا عنه فيملك جميع ما في ذمته بدلا عما أوفاه فصار كما لو أوفى الألف كلها، فإن شرطا براءة المطلوب خاصة برئا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن شرطا براءة الكفيل خاصة جاز الصلح؛ لأنه استوفى البعض وأسقط البعض وبرئ الكفيل ولا يبرأ الأصيل؛ لأن براءة الأصيل الكفيل لا توجب براءة الأصيل فكان للطالب أن يرجع على المطلوب بتسعمائة؛ لأنه وصل إليه مائة من الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب بمائة؛ لأنه أوفى مائة وبرئ عن تسعمائة، وإن لم يشترطا براءتهما في الصلح برئا عن تسعمائة؛ لأن الصلح مضاف إلى الألف والألف في ذمة المطلوب لا في ذمة الكفيل فصارت البراءة عن تسعمائة مشروطة للأصيل وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

(والقسم الثاني): لو كان الدين مائة وبه كفيلان فهو على **ثلاثة أوجه**: إما أن صالح أحدهما صاحبه أو صالح أحدهما الأصيل أو صالحا الأصيل، فإن صالح أحدهما صاحبه على عشرة جاز في حقهما فلا يجوز في حق الطالب حتى كان له أن يأخذ المال من أيهما شاء؛ لأن هذا الصلح وقع بعد وجوب سبب وجوب الدين للكفيل على الأصيل وهو الكفالة بأمره فإنها سبب وجوب الدين عند الأداء أو الصلح بعد وجود سبب وجوب الدين جائزة كالصلح عن الأجرة وهذا لأنهما لما اصطلحا على عشرة فقد جعلا ملك الكفالة موجبة للمال في الحال؛ لأنها إنما

كانت موجبة عند الأداء ولم تصر موجبة للحال نظرا للمكفول عنه، فإذا رضي بكونها موجبة للحال تصير موجبة في الحال أو يقول المال واجب للكفيل على الأصيل إلا أنه لا يجب الأداء إلى الكفيل للحال فصار كالمؤجل إلى وقت الأداء والصلح يجوز عن الدين المؤجل كما يجوز عن المعجل فقد استوجب كل واحد منهما بالكفالة على صاحبه المال فصار الصلح جائزًا، فإن صالح قابض العشرة الطالب على خمسة دراهم من الدين كله رد قابض العشرة على صاحبه سبعة ونصف؛ لأن هذا الصلح إسقاط وليس بمعاوضة فصار الطالب مبرئًا المطلوب على خمسة وتسعين، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فظهر أنه كان عليهما خمسة دراهم على كل واحد منهما درهمين ونصف وقد أخذ من صاحبه عشرة فترد الزيادة على درهمين ونصف وذلك سبعة ونصف، وإن صالح أحدهما الأصيل على عشرة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى المصالح إلى الطالب مائة لا يرجع على أحد بشيء؛ لأنه بالصلح مع الأصيل استوفى منه عشرة وأبرأه عن الباقي؛ لأن العشرة لا تصلح عوضا عن المائة فصار مستوفيا بعض حقه ومبرئا عن الباقي ومتى برئ الأصيل برئ صاحبه؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإن أخذ الطالب الأصيل وأخذ منه المائة، فإنه يرجع على المصالح بعشرة؛ لأنه يقول صالحتك على عشرة لا يستفيد البراءة من المائة من جهتك بأن يؤدي المائة إلى المطالب فمتى لم تؤد أنت حتى أخذ الطالب من المائة لم يحصل إلى البراءة من جهتك فلا يسلم لك شيء من البدل.

ولو أخذ الطالب من الكفيل الأجر مائة يرجع على صاحبه بخمسين على المطلوب بخمسين ويرجع المطلوب بخمسة دراهم؛ لأن هذا الصلح لم يجز في حق الطالب والكفيل الذي لم يصالح فصار وجوده وعدمه بمنزلة وكان للطالب أن يأخذ بمائة، فإذا أدى مائة فقد ملك الدين فيرجع بكله على المطلوب إن شاء، وإن شاء يرجع على صاحبه بخمسين وعلى المطلوب بخمسين ويرجع المطلوب على المصالح بخمسة؛ لأنه استفاد البراءة من جهته بقدر خمسة ولم يستفد بقدر خمسين.

ولو صالحهما الأصيل على ثوب ثم أدى إلى المطالب مائة رجع عليهما بمائة إلا إن شاء رد الثوب إلى الأصيل؛ لأن الثوب يصلح أن يكون بدلا عن المائة فصار دافعا ومؤديا المائة بأداء الثوب إليهما؛ لأن وصول البدل كوصول المبدل فكان له أن يرجع عليهما بمائة لما لم يستفد البراءة عن المائة من جهتهما إلا أنهما أخذا الثوب على جهة الصلح والصلح مبناه على الحطيطة والإغماض والتجوز بدون الحق فيقولان إنما رضينا بذلك بدلا عن المائة رجاء أن يرضى الطالب بالثوب بدون حقه، فإذا آل الأمر إلى أن يرجع علينا بالمائة عملا ولا يرضى بالثوب، ولو دفع أحد الكفيلين إلى الطالب عشرة صلحا عن جميع الدين والمسألة بحالها لم يرجع على صاحبه بشيء؛ لأنه بقي في يده بدل خمسين درهما وهو نصف الثوب وقيام البدل كقيام المبدل فصار كأنه في يده خمسين درهما من مال المطلوب ويرجع الأصيل على الذي أدى عشرة بأربعين درهما إلا أن يشاء أن يرد عليه خمسي الثوب وعلى الآخر خمسين؛ لأنه وصل إلى المؤدي للعشرة بذات الخمسين وهو نصف الثوب ووصول البدل كوصول المبدل وقد أدى عشرة إلى المطالب فملك بإزائها من الدين وأبرأه عن أربعين ولم يملك بإزائه من الدين فله أن يرجع بأربعين وعلى الآخر بخمسين؛ لأنه وصل إليه بدل خمسين وهو نصف الثوب وقد برئ عنها ببراءة صاحبه؛ لأن صاحبه في حقه أصيل وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ولم يؤد إلى الطالب شيئًا فله أن يرجع عليه بجميع الخمسين.

ولو صالح الأصيل للكفيل على عشرة ثم إن أحدهما صالح الطالب على أربعة دراهم لم يرجع على صاحبه بشيء ويرد درهما على الأصيل ويرد صاحبه خمسة على الأصيل يقول للكفيل الذي لم يؤد دفعت إليك خمسة لأستفيد البراءة عن خمسين من جهتك ولم أستفد منك البراءة فلي أن أرجع عليك بذلك ويقول للكفيل المؤدي دفعت إليك خمسة لأستفيد البراءة عن خمسين وما استفدت البراءة من جهتك إلا بقدر أربعة لأنك أديت أربعة وأخذت درهما بغير حق ويرجع به.

(باب الأمر بقضاء الدين)

(المبسوط): مسائله على أربعة أقسام:

أحدها: ما يرجع المأمور على الآمر مطلقًا.

والثاني: ما يرجع إذا كان خليطا ولا يرجع إذا لم يكن خليطًا.

والثالث: ما لا يرجع في الأحوال أجمع.

والرابع: ما يرجع إذا قال: اقض عني ونحوه إذا لم يقل ذلك.

أما القسم الأول: لو قال: انقد فلانا عني أو ما عليّ أو اضمن له عني أو عليّ أو اقضه ماله عني أو عليّ أو ادفع إليه ماله عني أو عليّ فأداه يرجع وهذا إقرار من الآمر بالمال؛ لأنه أقر بالدين إما نصًا أو اقتضاء؛ لأنه لا يتصور أن يكون قاضيًا أو ناقصًا أو ضامنا عنه إلا بعد أن يكون عليه دين ثم قضى دينه بأمره فله أن يرجع عليه.

والثاني: لو قال ادفع أو اضمن اكفل له ولم يقل عني أو له علي، فإن كان خليطا له بأن كان يأخذ الرجل منه ويداينه ويضع عنده المال أو يكون في عياله يرجع وإلا فلا. عندهما وعند أبي يوسف يرجع، وإن لم يكن خليطا له أن الظاهر أن الإنسان يأمر بقضاء دين نفسه ويأمر بكفالة دينه لا بقضاء دين غيره؛ لأن الأمر بقضاء دين نفسه معتبر وبقضاء دين غيره هدر فيحمل على الأمر بقضاء دين نفسه بدلالة الظاهر.

لهما: أن الآمر يحتمل أنه أمر بالقضاء عن نفسه ويحتمل أنه أمره بالقضاء عن المأمور بصداقة ومودة بينهما لكي لا ينسب إلى المطل في الدنيا والإثم في الآخرة وأمر غيره بقضاء دينه من ماله معتاد فيما بين الناس يتعلق به أغراض كثيرة وفوائد جمة من الأمر بالمعروف والمحمدة والبناء والائتمار والامتثال من المأمور مرجو فكان الأمر به صحيحا، فإذا كان محتملا للأمرين فلا يثبت له حق الرجوع بالشك بخلاف ما لو كان خليطا أو في عياله؛ لأنه يرجح احتمال القضاء عن الأمر على احتمال القضاء عن نفسه باعتبار العرف والعادة؛ لأن كل واحد من الخليطين أو

الزوجين يستعين من صاحبه في قضاء دينه من مال الشركة أو من مال عياله حتى يجيبه من ماله، ولو قال ادفع إلى فلان ألفًا ولم يقل قضاء له قيل لا يرجع عند أبي يوسف؛ لأنه أمره بالدفع المطلق وما أمره بالدفع عنه فيكون دافعا عن نفسه وقيل يرجع؛ لأن الظاهر أنه أمره بالدفع عن نفسه؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يأمر غيره بالتبرع عن المأمور، فإنه تبرع باختياره وإنما يأمره بالتبرع عن الآمر قال وذو الرحم المحرم إن كان في عياله والزوج والزوجة والأجير المشترك بمنزلة الخليط اتفاقا ثم في غير الخليط ومن هو بمنزلة لو قال ادفع ولم يقل قضاء يرجع الدافع عن المدفوع إليه بما دفع بخلاف ما لو قال ادفع إليه قضاء لا يرجع به عليه والفرق أن القضاء لا يقع إلا عن جهة المستحق بالدين سواء وقع القضاء عن الآمر أو عن المأمور، وإذا وقع عن جهة المستحق لا يملك الاسترداد فأما الدفع المجرد كما يكون بحكم القضاء يكون بحكم الإيداع أيضًا وأنه أقل فيحمل على الإيداع ليكون له الاسترداد. دفع الخليط زيوفا يرجع بما أدى ولو أمره أن ينقد عنه فلان ألفًا جيادا فنقده المأمور زيوفا يرجع بما أدى إلا في أربع مسائل: **إحداها:** لو دفع الكفيل الحويل زيوفا يرجعان بالجياد إن كان الدين جيادا **والثانية:** الوكيل إذا اشترى بالجياد ونقد البائع الزيوف ورضي به يرجع على الشفيع بالجياد، **والثالثة:** لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف ببيعه مرابحة بالجياد، **والرابعة:** إذا حلف أن يشتري بالجياد فاشترى بالجياد ودفع الزيوف قال أبو حنيفة: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث على ما عرف كل مسألة في موضعها.

(المنتقى): رجل له حريف من الصيارفة أمره أن يقضي رجلا ألف درهم فقضى عنه أو لم يذكر قضى عنه ففعل رجع الصيرفي على الآمر في قول أبي حنيفة، وإن كان غير حريف لا يرجع إلا أن يقول عني؛ لأن الحريف بمعنى الخليط؛ لأنه في العرف يستعار من الحريف في قضاء الدين ويعاملونه في الأخذ والإعطاء كما في الخليط.

(والقسم الثالث): لو قال لآخر هب لفلان عني ألف درهم فوهب من فلان كما أمره فالهبة عن الآمر ولا ضمان عليه للدافع وللآمر أن يرجع في الهبة والدافع

متطوع؛ لأن الآمر لم يبطل عنه بالهبة مالا ولن يأخذ لها عوضا ولم يضمن له شيئًا بل أمره بالتبرع على غيره بخلاف الأمر بقضاء الدين عنه؛ لأنه تمليك بعوض، ولو قال هب لي ألفًا على أن فلانًا لها ضامن فقال نعم فوهب، له: أن الهبة جائزة ويرجع بها المأمور على الآمر وهذه الهبة هبة من الضامن ويرجع فيها إن شاء الله وليس للدافع أن يرجع وكذلك الصدقة، ولو قال لآخر هب لفلان ألف درهم على أني لها ضامن ففعل فالهبة جائزة والآمر ضامن وللآمر أن يرجع في الهبة دون الدافع؛ لأن المأمور واهب عن الآمر لفلان؛ لأن المأمور صار مقرضا المال من الآمر ويصير المدفوع إليه قابضا أولا بالنيابة عن الآمر ثم يصير قابضا لنفسه بالهبة عن الآمر، ولو قال أقرض فلانا ألفًا فأقرضه لم يضمن الآمر شيئًا سواء كان خليطا أو غيره؛ لأن الآمر لم يضمن للدافع شيئًا.

(والقسم الرابع): لو قال اكتب له ألف درهم أو رد أو اكتب له ألف درهم أو اكتبها عندك واكتبها له عليك وهو حريفه ففعل ودفعها إليه، فإنه يرجع بذلك كله عليه، وإن كان غير حريفه لا يرجع بها عليه إلا في قوله اكتبها له عليه، فإن هذا ضمان فصار كأنه قال اكفل بها وهو ضامن يرجع بها عليه إذا أداها إن كان خليطا، وإن لم يكن خليطا لم يرجع إلا أن يقول عني وللمأمور أن يمتنع من دفعها ما لم يضمن أو يقول قد كتبتها لك عليّ فليس له أن يمتنع في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك إذا جاء رجل يستحقه من إنسان إلى شريكه فدفعه إليه فقبل فقال هو عليّ أو قال قد كتبتها لك، فإن قال الدافع اضمنها لي فقال قد أثبتها لك عندي أو كتبتها لك عندي فليس هذا بضمان؛ لأن كلمة عندي تستعمل في الأمانات لما بينا فيحتمل أنه كتبها أو أثبتها ليبقى محفوظًا ولا يصير مثبتًا بخلاف الأول؛ لأن كلمة عليّ تستعمل للإيجابات فيدل ذلك على التزام الضمان المأمور بقضاء الدين إذا قضى وجحد الطالب لم يكن له أن يرجع به على الآمر؛ لأنه كفيل بدليل أنه يلزمه قضاء الدين ويتوجه عليه المطالبة به.

وقال أبو يوسف: يرجع به؛ لأنه وكيل وليس بكفيل؛ لأنه لم يوجد منه التزام المطالبة وهو الكفالة والكفيل بالمال إذا قضى ما عليه وجحد الطالب أن يكون

قبضها منه لا يرجع، ولو كان عليه دين للمكفول به لا يبرأ الكفيل عنه؛ لأنه ما لم يثبت منه الأداء إلا ثبت له حق الرجوع.

(باب موت الكفيل أو المكفول له أو الأصيل)

(المبسوط): ولو مات الكفيل بالنفس لم يوجد ورثته، وكذلك لو مات المكفول به لا تبقى الكفالة؛ لأن المستحق عليه تسليم المكفول به وذلك فعل بدني؛ لأنه يتأذى ببدنه لا بماله والحق البدني لا يتعلق بالتركة؛ لأنه لا يمكن الإيفاء من تركة فصار كما لو مات من عليه القصاص أو من عليه الخياطة يسقط عنه فكذا هذا.

ولو مات المكفول له لا يبرأ؛ لأن محل الفعل وهو تسليم المكفول به قائم وأمكن تسليمه إلى من يقوم مقام المكفول له وهو الورثة فيبقى الحق.

ولو مات الكفيل بالمال والمكفول عنه فللطالب أخذه من أي التركتين شاء؛ لأن دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حالة الحياة.

(فصل)

وإذا مات الكفيل والطالب وارثه وتركه مالا، فإن كان المال في يده يصير مستوفيًا لدينه، وإن لم يكن في يده فله أن يرجع على المطلوب بالمال، وكذلك لو مات المطلوب والطالب وارثه ولم يصل المال إليه فله أن يأخذ الكفيل بدينه، فإن أخذه منه ثم وصل إلى الطالب رجع الكفيل عليه بما أداه في ميراث المطلوب إن كانت الكفالة عنه بأمره وإلا فلا.

وإن أقرض رجلا قفيز رطب وكفل به رجل ثم انقطع الرطب يأخذ الكفيل بقيمة الرطب؛ لأنه إما عجز عن تسليم عينه يلزمه يسلم قيمته كما في البيع ولو باعه ثوبا بقفيز رطب في وقته وكفل به اثنان ثم ذهب وقته فطالبه البائع بقيمة الرطب فليس له أن يلزم الكفيل قيمة الرطب؛ لأن للبائع أن يلزم المشتري قيمة الثوب لا قيمة الرطب، فإذا لزمته قيمة الثوب لم يكن على الكفيل سبيل؛ لأن الكفيل كفيل بالرطب لا بالثوب. رجل أقرض رجلا دراهم وكفل بها كفيل فأسقطت الدراهم فله أن يأخذ الكفيل بقيمتها دنانير في آخر ما نفقت وكسدت، وإن كانت الدراهم من

ثمن بيع فأسقطت والبيع مستهلك فعلى المشتري قيمة الثوب كما في البيع بالرطب.

(باب رجوع الكفيل أو الورثة في التركة)

(المبسوط): مريض قال لوارثه: إن لفلان عليّ دين كذا فاضمنه عني، فضمن لغريم غائب جاز ذلك استحسانًا.

ولو كان هذا في الصحة لم يجز؛ لأن في المرض أمرًا بقضاء دينه من تركته لا كفالة حقيقة؛ لأن المريض محتاج إلى قضاء دينه وحق الورثة متعلق بماله فيحتاج إلى الأمر بالقضاء والأمر بالقضاء يتم به وحده فأما في الصحة لا يحتاج إلى الأمر بالقضاء فبقيت كفالة حقيقة والكفالة لا تنعقد إلا بقبول أحد من جهة الطالب ولم يوجد، فإن أجاز الطالب لم يجز؛ لأنها لم تتوقف على إجازته؛ لأنها عدمت القبول من جهة أحد.

(المنتقى) وفي **(نوادر ابن رستم)**: لو قالت الورثة للمريض: قد ضمنا للناس كل دين عليك ولم يطلب المريض ذلك منهم والغرماء غيّب لم يجز ذلك الضمان.

ولو قالوا بعد موت المريض جاز.

وفرّق أبو حنيفة رحمه الله بين موته وبين حياته، والفرق أن بعد موته قضاء ديون الميت واجب على الورثة من التركة ولا يحتاج إلى الكفالة فبقي إقرارًا بقضاء دينه.

وفي حياته يكون كفالة ولم يطلب منهم المريض الكفالة حتى يحمل على الأمر بالقضاء فيكون كفالة فلا ينعقد بدون قبول قابل.

وقال أبو يوسف: جاز في الوجهين وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا ضمن الوارث في مرض الموت ولم يطلب المريض ذلك منهم جاز لأنهم حملوه على الأمر بالقضاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله في الوصيين: إذا ضمن أحدهما لصاحبه دينا للميت على رجل لم يجز؛ لأن لهما أن يقبضاه من الغريم فلا يصلح أن يكون قاضيا ومقضيا وطالبا ومطلوبا، ولو ضمناه للوارث وهو كبير جاز وليس لهما أن يتقاضياه

الغريم وخرجا من الوصية في ذلك الدين، وكذلك الوكيلان يتقاضى دين للموكل على رجل ثم ضمناه للطالب عن المطلوب جاز وخرجا من الوكالة وليس هذا كضمان من الوكيل بالبيع؛ لأن ذلك لا يخرجه من التقاضي بقاضي المشتري بالثمن.

ولو قضى دين الميت بعض ورثته أو الكفيل به رجع بذلك في التركة مع الغرماء بالحصص؛ لأنه بالقضاء ثلث الدين فصار غريم الميت كسائر غرمائه، وإن كان بذلك الدين رهن فافتكّه فهو بين الغرماء جميعا فلا يكون قاضي الدين وهو الوارث أو الكفيل به بأولى به من بقية الغرماء؛ لأنه كان ملك الميت رقبة ويدا إلا أنه بالرهن زال عنه ملك اليد والحبس بالافتكاك عاد إليه ملك اليد فكان بين غرمائه بالحصص ولو مات وترك عبدا عليه دين وعلى الميت دين يحيط برقبة العبد يقضي الوارث عن العبد دينه، فإنه يقوم فيه مقام غريم العبد يباع في دينه حتى يستوفيه الوارث بخلاف الرهن؛ لأن دين العبد كان في رقبته فالقضاء عنه كالقضاء عن الميت وفي الرهن كان الدين على الميت لا على الراهن، ألا ترى أن الكفيل لو قضى الدين الذي في الرهن لم يكن له على الرهن سبيل.

ولو أن كفيلا قضى عن عبد قضاء دينه رجع به في رقبة العبد فكان أحق به من غرماء الميت؛ لأن الكفيل بالقضاء قام مقام غريم العبد في دينه. رجل اشترى عبدا فلم يقبضه حتى مات وعليه دين فقضى ابنه البائع الثمن وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به. رجل مات وترك عبدا وعلى الميت دين ثم إن العبد أفسد متاعا فلزمه دين منه فقضى عنه الوارث، فإنه لا يرجع به عليه إنما هذا رجل قضى عن عبد يملكه بعض ديونه ولا يحاص بقية الغرماء في رقبته.

ولو ترك عبدًا عليه دين وترك وارثين فقضى أحدهما دين العبد فله أن يرجع به في رقبته؛ لأن هذا شيء لزم مال الميت وهو خصم فيه ومتى كان الدين بعد الموت من يكن خصما إلا في حصته.

(باب ضمان الدرك)

(الجامع الصغير): الكفالة بالدرك جائزة وهي التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع؛ لأن الكفالة بالدرك إنما تعقد لتحقيق أحكام المبيع وتأكيدها؛ لأن المشتري ربما لا يرغب في الشراء إلا بهذه الكفالة.

ولو كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يأخذ الكفيل حتى يقضي به على البائع؛ لأنه ما لم يقض به على البائع لا ينتقض البيع لاحتمال الإجازة من المستحق فلا يلزم البائع رد الثمن فلا يجب على الكفيل أيضًا.

وقال أبو يوسف في (المنتقى): الكفيل بالدرك يأخذه المشتري بالثمن إذا قضى عليه بالاستحقاق، وإن كان البائع غائبًا؛ لأن القضاء بالاستحقاق على المشتري قضاء على البائع؛ لأن المشتري انتصب خصما عنه. رجل باع دارا وكفل رجل بالدرك فهو تسليم للبيع؛ لأنه لو صح منه الدعوى بعد ذلك كان للمشتري أن يرجع عليه بحق الضمان فلا يقيد ولأن هذا إقرار منه يكون العين ملكا له؛ لأن الكفالة بالدرك لتأكيد أحكام البيع وهو ملك البيع والرجوع بالثمن وذلك ينافي صحة الدعوى بعده.

ولو اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة لا يتم مشتركة؛ لأن العهدة عند بعضهم اسم للعقد؛ لأن العهدة أخذت من العهد والعقد والعهد سواء ويحتمل أن يكون اسما للصك؛ لأنه وثيقة بمنزلة العهد ويحتمل أن يكون اسما لضمان الدرك فلم يجب العمل به قبل البيان وبطل للجهالة بخلاف الدرك؛ لأنه صار مستعملا في ضمان الاستحقاق.

(المنتقى): وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن؛ لأنه يرجح استعماله في ضمان الثمن باعتبار العرف والعادة وضمان الشراء باطل معناه لو استحق المبيع على شرائه لتسليمه إليك.

وذكر في (الهاروني): لو ضمن عند خلاصه ثم استحق المبيع لا شيء على

الضامن ومعنى الخلاص تسليم المبيع عند استحقاقه، وفي الهاروني إذا باع جارية أو دارًا فضمن رجل بتسليمها أو ردّ الثمن أو ضمن تسليمها لا غير فهو سواء، فإن ماتت الجارية أو استحقت أو كانت حرة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة فعلى الضامن رد الثمن والمشتري إن شاء أخذ البائع بذلك أو الضامن.

وقال الحسن بن زياد: إذا ضمن بتسليمها ولم يضمن بردّ الثمن فلا شيء على الضامن؛ لأن الضمان بتسليم المبيع لا غير لا يصح لما بينا.

ولو دفعها إلى المشتري والمسألة بحالها رجع المشتري بالثمن على البائع أو على الضامن عند أبي يوسف وعند الحسن برئ الضامن مما ضمن. رجل اشترى من رجل عشرة أقفزة على أنها جوارٍ وضمن رجل للمشتري بما أدركه من درك ثم علم أنها نورة، فإنه يرد ويأخذ الثمن من البائع ولا شيء على الضامن.

ولو اشترى عبدا وضمن له رجل بالدرك وتقابضا ثم أقام العبد البينة أنه حر الأصل أو كان مولاه أعتقه قبل ذلك ولمولاه أن يأخذ الضمين بالثمن؛ لأن هذا استحقاق للمبيع؛ لأن الاستحقاق ما قامت عليه البينة بنحو هذا وفي النورة ليس باستحقاق للمبيع، فإن المبيع هو الدقيق دون النورة وإنما هو شيء غير ما اشتراه فلم يقم بينة على استحقاق المبيع فلم يدرك المشتري درك فيما اشترى، ولو ضمن له الدرك في دار اشتراها لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل أن يلحقه الدرك، وكذا لو قال لرجل إن مات فلان ولم يعطك مالك فأنا ضامن له لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل موت فلان، ولو قال الآخر ما بايعت فلانا من شيء فأنا له ضامن فله أن يرجع عن ضمانه قبل أن يبايعه، والفرق أن في ضمان الدرك وغيره الضمان لازم نافذ منبرم؛ لأن المال واجب على المضمون عنه فلزم الضمان وفي المبايعة المال غير واجب على المكفول عنه فلا تقع الكفالة لازمة منبرمة. بشر عن أبي يوسف: رجل أمر رجلا أن يبيع خادما بألف على أنه ضامن هذه الألف فباعها إياه بألفين لم يضمن الكفيل إلا ألفا، ولو باعه بخمسمائة ضمن خمسمائة، ولو باع نصفه بخمسمائة ضمن خمسمائة؛ لأنه لما ضمن ببيع كله بألف وقد ضمن نصفه بخمسمائة. وكل رجلا ليشتري له عبدا بألف درهم ولم يدفع إليه شيئًا

فاشتراه فضمن رجل للبائع عن المشتري بالألف التي عليه، وإذا دفعها الموكل إلى المشتري فأنا منها بريء فالضمان جائز والبراءة باطلة؛ لأنه وجب للوكيل على الموكل غير هذه الألف لا غير هذه الألف.

(باب الاختلاف في الكفالة)

(المبسوط): قال الكفيل للطالب: دينك من ثمن خمر والمطلوب غائب أو أقام البينة على إقرار الطالب لا يسمع ولا يحلفه ويؤدي المال؛ لأن الكفيل ادعى الفساد والطالب يدعي الجواز فيكون القول قول من يدعي الجواز؛ لأن الظاهر شاهد له فلا تقبل البينة؛ لأن الطالب لا ينتصب خصما عن المطلوب؛ لأن الكفيل لم يدع على المطلوب شيئًا بل يقر له ببراءته عن الثمن، ألا ترى لو حضر المطلوب وأنكر ما ادعى الكفيل وأقام البينة عليه تقبل، وإذا لم تكن دعوى فساد العقد من الكفيل دعوى على الغائب لا ينتصب الطالب خصمًا له فلا يسمع.

ولو حضر المطلوب وصدق الكفيل وقد أداه يرجع عليه الكفيل ولا يصدق المطلوب على الطالب إلا ببينة أو يحلفه فينكل فيرد الطالب ما أخذه منه، وكذلك الحوالة؛ لأنه أمر الكفيل بدفع المال إليه بشرط الضمان فكان له أن يرجع على الآمر كما لو أمره بدفع الثمن إلى البائع ثم استحق المبيع له أن يرجع على المشتري، وإن شاء استرد من البائع وهنا استرد من الطالب بجحوده ولم يثبت عليه بالحجة، وإن كان المكفول به من ثمن عبد فاستحق أو كان حرا بطلت الحوالة والكفالة؛ لأنه ظهر أنه ما صادقت دينا واجبا. ادعى على رجل حوالة أو كفالة ولا يخلو إما أن أقر أو أنكر أو نكل، فإن أقر فأدى لم يرجع به على الأصيل متى جحد الحوالة والأمر؛ لأن إقراره ليس بحجة على غيره وإن أنكر أن أقام البينة على الحوالة أو الكفالة والأمر من الأصيل يرجع مما أدى على الأصيل؛ لأن الأمر بالحوالة تثبت بحجة مطلقة في حق الناس كافة.

وإن كان المحتال عليه لا يمنع الرجوع؛ لأنه صار مكذبًا شرعًا في الإنكار فالقضاء بالبينة، وإن لم يكن له بينة يستحلفه، فإن حلف برئ ورجع الطالب على

الأصيل بدينه؛ لأنه برئ ما على المحتال عليه؛ لأنه لا يمكنه الوصول إليه متى لم يكن له بينة، وإن نكل وقضى عليه بالنكول فله أن يستحلف المحيل إذا أنكر الأمر ولا بينة له، فإن أنكر رجع المحتال عليه بما ضمن اللهم إلا أن يكون المحتال عليه أنكر أمر المحيل ابتداء لما يأتي.

(باب الكفالة بالشهادة)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في قبول الشهادة.

والثاني: في الاختلاف في الشهادة.

والثالث: في الشهادة على الغائب.

كفل رجلان بمال فشهد أحدهما أن أصل المال على أبيهما والآخر كفيلا عنه جاز وعلى عكسه لا يجوز؛ لأن في الأول يشهدان على أبيهما بالمال ويبطلان حقه في الرجوع متى أدى وفي الثاني يشهدان لأبيهما بالرجوع وشهادة الابن لأبيه لا تقبل وعليه تقبل شهد شاهدان أنه كفل بنفس رجل لا يعرفه بل بوجهه حال ويؤاخذ به حتى يوافي بمن يعرفانه بوجهه، وكذلك لو قالوا: لا نعرفه بوجهه يؤخذ بالكفالة ويقال أي رجل أثبت به وحلفت عليه فأنت بريء من الكفالة؛ لأن الغالب أن الشهود لا يعرفون المكفول به؛ لأن الإنسان يكفل بنفس إنسان وثمة قوم حضور لا يقفون على حال المكفول به لا على نسبه ولا على بلده وقبيلته وقد يكون المكفول به غائبًا، ولو لم يقبل هذه الشهادة مع هذه الجهالة يؤدي إلى إبطال حقوق الناس كما لو شهدا على إنسان أنه غصب من هذا عبده أو دابته تقبل، وإن لم يثبتا قيمته ولا صفته ولأنهما نقلا كما تحملا فإنهما سمعا من الكفيل أنه كفل برجل يعرفانه أو لا يعرفانه بوجهه أو نقلا كما سمعا وتحملا ثم الاحتمال جاء من جهة الكفيل فيؤاخذ ببيانه.

(فصل)

شهد أحدهما أنه أحاله بماله على رجل وشهد آخر أنه ضمن له على إن أبرأ

الأصيل أو لم يذكر البراءة والطالب يدعي الحوالة برئ الأصيل لأنهما اتفقا على كون المحتال ضامنا لدينه حويلًا كان أو ضمينا والطالب يدعي كونه ضامنا لدينه بدعوى الحوالة فيقضى بكونه ضامنا بشهادتهما إلا أن براءة الأصيل تثبت بإقرار الطالب بالحوالة لا بشهادتهما، فإن قال الطالب ضمن بغير حوالة لم يبرأ الأصيل ويأخذ أيهما شاء؛ لأن الشاهدين اتفقا عل كونه ضامنا لدينه فادعى الطالب ذلك ولم يقر ببراءته بالحوالة ولم يصر مكذبا شاهده فيما شهد له بالحوالة؛ لأنه شهد بكونه ضامنا لدينه وهو يدعيه وإنما كذبه في حق براءة الأصيل والطالب مشهود عليه لا تبطل الشهادة.

ولو شهد أحدهما بالكفالة بألف إلى شهر والآخر حالا والطالب ينكر الأجل فالمال حال لأنهما شهدا بما يدعيه وهو الكفالة وينفرد أحدهما بما عليه وهو الأجل وتكذيب المشهود عليه من شاهده فيما شهد عليه لا تبطل الشهادة.

(فصل)

أصله أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون المدعى به هو نفس ما على الغائب أو حقا من حقوق الحاضر فحينئذ الحكم على الحاضر ينفذ على الغائب؛ لأن الحاضر انتصب خصما عنه لاتصال بينهما يثبت الحق أو في غير الحق فكان من ضرورة ثبوت الحق على الحاضر ثبوته على الغائب.

ولو أنكر الكفيل الكفالة وأقام المدعِي البينة لهذه الكفالة لأمر الغائب وإن له على الغائب ألف درهم فإنه تقبل بينته ويرجع الكفيل على الغائب لأن ما يدعيه على الغائب هو نفس المدعى على الغائب، فإن قال الكفيل بعد القضاء لم يأمره الغائب بالكفالة لم يرجع على الغائب إذا أدى وجعل ذلك بمنزلة الإبراء ذكره في الشهادات إملاء، وإن كفل عن رجل بأمره وأدى المال ثم غاب الطالب فجحد المكفول عنه الدفع ويقر بأنه أمره بالكفالة أو جحد الكفالة أيضًا فأقام الكفيل على دفع المال والكفالة بأمره، فإنه يقضي على الطالب الغائب بالقبض، وإن حضر الطالب وأنكر لم تعد عليه البينة وقضى عليه بالبراءة ويرجع الكفيل على المكفول عنه بالمال ولا يشبه هذا ما لو قال الرجل ما بايعت به فلانا فهو عليّ فغاب

المشتري فأقام البائع البينة على الكفيل أنه باع المشتري المباع بكذا كذا درهمًا وأنه دفع إليه المباع ووقّت الشهود وقتًا بعد وقت الكفيل والكفيل مقر بالكفالة جاحد الدفع، فإنه لا يقبل البينة على الكفيل ولا يلزم المشتري البيع، وكذلك لو أقام البينة على القرض؛ لأن ما يدعيه على الغائب ليس عين ما يدعيه على الحاضر؛ لأن المبايعة والقرض غير الكفالة فلم يكن بينهما اتصال يثبت الحق فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ولو شهد شهوده أنه كفل به بعدما باعه أو أقرضه، فإنه يقبل البينة على الكفيل ويلزم المشتري البيع والقرض؛ لأن ما يدعيه على الحاضر وهو الكفالة عين ما يدعيه على الغائب.

(النوادر): ولو قال لآخر ما قضي لك على فلان أو ما أقر لك به فلان فهو عليّ فأقام الطالب البينة على الكفيل أن قاضي بلد كذا قضى على فلان بكذا أو أن فلانا أقر بكذا، فإنه لا تقبل بينته على فلان الغائب فلا يلزمه شيء متى جحد القضاء والإقرار رواه بشر بن الوليد.

وذكر ابن رستم: لو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل وأقام المدعِي البينة على أحدهما وقضى القاضي بالمال والكفالة ثم غاب من غير أن يأخذ منه شيئًا ثم قدم الآخر، فإنه يقضي عليه القاضي بالبينة الأول بخمسمائة التي كانت عليه في الأصيل؛ لأنه حين قضى على صاحبه المقضي عليه الأول لزم هذا المقضي عليه الثاني؛ لأن صاحبه كان كفيلا بها، ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا والمسألة بحالها لا تقضي على الثاني حتى يعيد البينة لما عرف.

(المنتقى): كفل بنفس رجل وما عليه فقال الطالب: إن أتيتني غدا إلى مجلس القاضي وأخذه منك فأنت بريء واختلفا من بعد الغد في المجيء فالقول قول الكفيل؛ لأنه منكر للمجيء فيكون منكرا.

(باب كفالة أهل الذمة)

(قال في المبسوط): كفل ذمي عن ذمي بخمر واجب بسبب القرض أو البيع ثم

أسلم الكفيل أو المطلوب لا يلزمه شيء عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله وزفر، وهو رواية عن أبي حنيفة يلزمه القيمة ولا يكون له على المكفول عنه شيء اتفاقا وهذا بناء على حرف وهو أن الكفيل مستقرض في حق الطالب فيقرض في حق المطلوب؛ لأن الكفالة إقراض ذمة لالتزام المطالبة لما على المطلوب فيثبت للطالب على الكفيل مطالبة وللكفيل على المطلوب مطالبة والمطلوب في باب القرض يكون مستقرضا والطالب يكون مقرضا وإسلام المستقرض يوجب براءته عن الخمر وبدلها عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يوجب فبقي الكفيل ضامنا قيمة الخمر عنده لما عرف في كتاب الغصب.

وإن كان واجبًا بسبب التسليم لا يجب شيء اتفاقًا؛ لأن عند محمد إيجاب القيمة على الكفيل هنا غير مفيد؛ لأنه يصير استبدالا بالمسلم فيه والاستبدال بالمسلم فيه باطل. تزوج ذمي ذمية على خمر بغير عينها وكفل بها ذمي فأسلم الزوج فالكفيل يبرأ، فإن أسلمت المرأة ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية تجب قيمة الخمر وفي رواية لا يجب شيء.

وإن أسلم الكفيل فلذلك روايتان؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب وهو الزوج ومستقرض في حق المطالب وهي المرأة وإسلام المقرض يفيد البراءة للمستقرض عن الخمر وبدلها عندهم جميعا وإسلام المستقرض يوجب البراءة له عن الخمر وبدلها في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وفي رواية محمد عنه لا توجب البراءة للمستقرض عن قيمة الخمر إن كان يفيد له البراءة عن عين الخمر، وعند أبي يوسف في (**الفصول**): كلها برئ الكفيل؛ لأن بإسلام أحد الزوجين يسقط الخمر ويجب مهر المثل والكفيل لم يكفل بمهر المثل وأما بإسلام الكفيل فلأنه مستقرض في حق الطالب وإسلام المستقرض يوجب البراءة عن الخمر وقيمتها عنده. كاتب الذمي عبده على خمر فكفل به ذمي ثم أسلم المكاتب فعليه قيمة الخمر؛ لأن المكفول عنه عجز عن تسليم الخمر فيلزمه تسليم قيمتها. كاتب عبدين على خمر كتابة واحدة كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأسلم أحدهما وأسلم

المولى ينقلب جميع الخمر قيمتها كما لو مات المكاتب وترك ولدين مولودين في الكتابة فأسلم أحدهما؛ لأن كل ما وجب على كل واحد منهما بدل كتابته تعلق عتقه بأدائه بحكم الكتابة لا بحكم الكفالة وإسلام المكاتب قبل قبض الخمر لا يوجب إبطال الكتابة؛ لأن تعليق العتق بأداء الخمر يصح من المسلم، وإن كانت المعاوضة لا تصح فلا تبطل الكتابة بالشك، وإذا بقيت الكتابة ولم يسقط الخمر بإسلام أحدهما، فإنه يتحول القيمة؛ لأنه عجز المسلم عن تسليم حصته من الخمر فتتحول حصته إلى القيمة وكذلك تتحول قيمة الكافر إلى القيمة؛ لأن ما يؤدي الكافر من الخمر يؤدي بعضه عن نفسه وبعضه عن صاحبه؛ لأن الكتابة واحدة لا يجوز تفريقها والكافر عاجز عن أداء الخمر عن المسلم فكما عجز المسلم عن تسليم الخمر عجز الكافر عن تسليم حصته من الخمر فيحوُّل الكل إلى القيمة.

(فصل)

كفالة المرتد كسائر تصرفاته موقوفة والمرتدة كفالتها جائزة بالإجماع كسائر تصرفاتها، وإن لحقت بدار الحرب وسبيت، فإن كانت الكفالة بالنفس تبطل، وإن كانت بالمال ولها مال تنتقل إلى المال؛ لأن السبي يوجب خلوص المسبي من السابي ونفسها مسبيته فيوجب خلوصها للسابي فيوجب سقوط الكفالة عنها كالإجارة ومالها ليس بمسبي فلا يوجب خلوص ذلك للسابي فيبقى ذلك المال متروكا عنها فتبقى الكفالة في ذلك المال كما لو ماتت عن مال تحت قضاء الدين عن ذلك المال فكذا هذا.

ولو كان كفل عنها في المال لا تبطل كفالته، وإن لم تخلّف المرتدة مالا؛ لأن المال وجب على الكفيل قبل السبي فبعد السبي يبقى المال عليهما في حق الكفيل، وإن كان لا يبقى في حق السابي؛ لأن في إبقاء الدين عليهما في حق الكفيل فائدة لتؤخذ من الكفيل فيبقى في حق الكفيل.

ولو خلفت في دار الإسلام مالا يرجع فيه، فإن لم تخلف مالا لا يرجع عليها في الحال ولا بعد العتاق؛ لأن الدين يسقط عنها والكفالة بالنفس تبطل؛ لأن تسليم النفس سقط عنها.

كفل حربي بمال ونفس ثم لحق بدار الحرب ثم خرج مستأمنا لزمه؛ لأن الكفالة لا تبطل باللحاق؛ لأنه يتصور عوده.

كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب فورثته على حقه في الكفالة لأنهم يقومون مقامه في سائر الحقوق فكذا في الكفالة، فإن رجع واستوفى ورثته بقضاء فالكفيل بريء، وإن لم يكن بقضاء فله أن يأخذ الكفيل؛ لأن هذا حق وجب له قبل الكفيل فيعتبر بسائر حقوقه المتوكدة على الناس، فإذا عاد ولم يستوفها الورثة فله أخذها وإن استوفاه الورثة فلا سبيل له على من عليه الحق فكذا هذا.

كتاب الحوالة

تحتاج إلى معرفة: شرعية الحوالة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شرعيتها: فلقوله عليه السلام: "**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ أمر المحتال باتباع المحتال عليه**"(١)، فدلنا هذا الحديث على براءة ذمة المحيل وتقرر الدين في ذمة المحتال عليه.

وأما تفسيرها: فالحوالة لغة عبارة عن النقل والتحويل ومنه سميت حوالة الثالثة والعراس حوالة؛ لأنها تنقل من محل إلى محل ويقال حوّل الشيء من مكانه إلى مكان وفرع المكان الأول عنه. **وفي الشريعة:** عبارة عن نقل الدين وتحويله من ذمة إلى ذمة بحيث لا يبقى في الذمة الأولى كما يقتضيه اللفظ لغة تنزيلا للألفاظ على ما تقتضيها إذ العمل بحقيقة الألفاظ واجب. **وأما ركنها:** فقول المطلوب للطالب أحلتك بمالك عليّ من الدين على فلان فيقول الطالب احتلت ويقول المحتال عليه قبلت فسمي المطلوب محيلا والطالب محتالًا ومن أحيل عليه محتالًا عليه(٢).

وذكر محمد رحمه الله في الكتاب المحتال عليه والمحتال له، وقيل: هذه اللفظة لا تستعمل في الحوالة إنما تستعمل في الاحتيال والافتعال يقال رجل محتال ومفتعال إذا كان ذا حيلة وافتعال وما ذكره محمد صحيح؛ لأنه كما يذكر احتال للاحتيال والافتعال يستعمل للحوالة أيضًا لقوله عليه السلام: "**مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ**(٣)"

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٤٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«مسلم» ٣٤/٥ (٤٠٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٧٢/١، والفواكه الدواني ٣٣٠/١، ومغني المحتاج ٣٣٢/١، وشرح روض الطالب ٢٩٨/١، ٢٩٩، وكشاف القناع ٨٤/٢.

(٣) الْمَلِيء: الْغَنِيّ. فتح الباري (ج٧/ ص١٣١).

فَلْيَحْتَلْ"(١) فيكون لفظ محمد موافقًا للفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وأما شرطها: فقبول الطالب شرط لصحة الحوالة؛ لأن الدين ملك المداين وحقه وذمة المحيل من حيث إنه محل الدين حقه فلا يجوز تفريغها عن الدين إلا برضاه؛ لأن الناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء فربما يكون المحتال عليه أعسر في القضاء فيلحق الطالب ضرر بذلك فيشترط رضاه، وأما قبول المحتال عليه شرط عندنا بكل حال.

وقال الشافعي: ليس بشرط إذا كان للمحيل عليه دين.

والصحيح قولنا؛ لأنه ربما يلحقه زيادة ضرر لم يكن التزمه بنفس المداينة؛ لأن الطالب ربما يكون أضعف استيفاء وأعسر اقتضاء من المحيل فيشترط رضاه لصحة الحوالة دفعا لزيادة الضرر عنه.

وذكر في (**المبسوط**): لو أحال المطلوب على رجل ولم يكن للمحيل عليه مال وقال: قبلت الحوالة ليس للمحتال عليه مطالبة المحيل بالمال قبل أدائه إلى الطالب لكن له ملازمته وحبسه حتى يخلصه؛ لأنه أدخله فيه وهذه كفالة بلفظ حوالة.

وذكر في (**المنتقى**): إذا قال: أحلتني على فلان ثم سكت، ثم قال لم أقبل

(١) أخرجه «البخاري» ١٢٣/٣ (٢٢٨٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٢٢٨٨) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٣٤/٥ (٤٠٠٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرات على مالك. و«ابن ماجه» (٢٤٠٣) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٣٤٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٣٠٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٣١٦/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٤١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي ٣١٧/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٤٤) قال: حدثنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. و«أبو يعلى» (٦٢٨٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٢٩٨ و٦٣٤٤) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٥٠٥٣ و٥٠٩٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن إسحاق) عن عبد الله بن ذكوان، أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

فالحوالة جائزة؛ لأنه أقر بالحوالة بقوله: أحلتني، والحوالة لا تتم إلا بالقبول منه فكان هذا إقرارًا بالقبول اقتضاء.

وأما حكمها: فبراءة المحيل عن الدين وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه لا غير.

وقال زفر: لا يبرأ المحيل، وله أن يطالبه بالدين كما في الكفالة؛ لأن الدين مما لا يقبل النقل والتحويل فلا يمكن العمل بحقيقة اللفظ فعملنا بمجازه، وهو أن المحتال عليه يلتزم ويتحمل عنه مثل ما على الأصيل كالكفيل، لنا: أن العمل بحقائق الألفاظ وإثباتها واجب إما تحقيقًا أو حكمًا ونقل الدين وتحويله جائز حكما كإثبات الدين؛ لأن ما أمكن إثباته أمكن نقله، فإن النقل هو الرفع من هذا الموضع والإثبات في موضع آخر كنقل العين فينتقل الدين من ذمة المحيل وتتفرع ذمته عنه ويثبت مثله في ذمة المحتال عليه فكان هذا تحويلا حكمًا وشرعًا.

ثم عند أبي يوسف رحمه الله: الحوالة توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا لكن براءة مؤقتة إلى أن ينوي ما على المحتال عليه، وعند محمد رحمه الله توجب براءة المطالبة لا براءة الدين فالدين قائم في ذمة المحيل والمطالبة ساقطة عنه مؤقتة وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أبرأ الطالب المحيل هل يصح والراهن إذا أحال المرتهن بالدين على غيره هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف لا يصح الإبراء ويسترد الرهن؛ لأنه برئ المحيل عن الدين بالحوالة، وعند محمد يصح الإبراء ولا يسترد الرهن؛ لأن الدين قائم في ذمة الراهن.

لمحمد: أن نقل الدين غير ممكن؛ لأن الدين عبارة عن وجوب تمليك المال وذلك مما لا يقبل النقل وتوجبه المطالبة على المحتال عليه ممكن، فإنه بالقبول التزم المطالبة فيلزمه، ولهذا لو أدى المحيل الدين يجبر الطالب على القبول.

ولو أدى المحتال عليه يكون مؤديا عن المحيل لا عن نفسه فدل ذلك على قيام الدين في ذمة المحيل.

لأبي يوسف: أن الحوالة أضيفت إلى الدين لا إلى المطالبة.

ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالة والحوالة مشتقة من التحويل فتوجب

تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة المحتال عملا بحقيقة اللفظ وبحقيقة الإضافة جميعا إذ العمل بكلتا الحقيقتين واجب وإنما صح الأداء عن الأصيل ويجبر الطالب على القبول متى أدى المحيل؛ لأن الثابت للمحيل بالحوالة براءة مؤقتة وبالأداء نثبت براءة مؤبدة فنستفيد بأدائه نوع براءة وفائدة فيكون الأداء عنه متصورا ولا يكون المؤدي متنوعا فلم يكن بنا ضرورة إلى إبقاء الدين على المحيل مع قيام السبب الموجب للتحويل.

(باب ما يرجع به المحتال عليه على المحيل وما لا يرجع)

[(المبسوط)][1]: الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة.

أما المطلقة: بأن يحيل صاحب الدين على رجل فلا يخلو إما أن كان عليه مال أو لم يكن، فإن كان عليه مال ألف ولم يصف الحوالة إليه فعليه رد الألف إلى المحيل والألف إلى المحتال له وللمحيل أن يطالبه بتلك الألف؛ لأنه لم يقيد الحوالة به كما إذا كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة فأحال غريمه عليه بألف ولم يقيدها بالألف الوديعة فقيل له أن يأخذ الوديعة منه وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة، فإن لم يكن عليه مال يجب عليه أن يؤدي الحوالة ولا يرجع على المحيل في الوجهين حتى يؤديه كالكفيل؛ لأن الحويل بنفس الحوالة لا يملك ما في ذمته ما لم يؤد دينه ولو لازمه المحتال له كان له أن يلازم الأصيل، ولو حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، وإذا أدى المحتال عليه الدين بأمر المحيل أو وهب إلى المحتال له أو تصدق عليه أو ورث من المحتال له أو أدى إلى المحتال له دنانير أو عرضا بدل الدراهم، فإنه يرجع على المحيل بالمال كالكفيل على ما مر وإن أبرأه المحيل عن الدين وقبل منه أو وهبه منه لم يبرأ ولم تبطل الحوالة؛ لأنه تعلق به حق المحتال له فصار المحيل محجورا عن التصرف فيه إذ لو صح إبراؤه وتصرفه لبطل حق المحيل له فلم تصح صيانة لحقه، ولو وهب المحتال له للمحيل له لم يجز ولا تبطل الحوالة؛ لأن له دين على المحيل.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

وأما الحوالة المقيدة: بأن قيد الأداء بالمال الذي عليه بأن قال أحلته عليك بالمال الذي لي عليك أو على أن تعطيه مما عليك ليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه؛ لأنه تعلق به حق المحتال له، فإذا أدى تقع المقاصة بينهما.

ولو أحال على المودع بألف وديعة عنده كانت أجوزًا لكون الأداء من الوديعة أيسر، فإن هلكت الوديعة برئ المودع؛ لأنه التزم الأداء من عين المال فيبرأ بهلاك العين كالزكاة قضى المحيل المحتال له دينه لم يكن متطوعا ويرجع على المحتال عليه بدينه؛ لأن الدين بقي على ملكه؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح إلا أنه تعلق به حق الاستيفاء للمحتال له فكان له التخليص كما في العبد المديون ولا يكون متطوعا حتى يجبر الطالب على القبول؛ لأنه بهذا الأداء يريد استخلاص ذلك الدين لنفسه ويسقط مطالبة الطالب في باقي الحال متى مات المحتال عليه مفلسا أو جحد ولا يقصد التبرع فيخلص له ذلك الدين كالراهن والوارث إذا قضى دينه لاستخلاص المرهون والتركة جاز، ويجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب والوصي عليه أملى من الأول؛ لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، فإن كان المحتال عليه أملى من المحيل يكون للصغير فيه نظر فيجوز، فإن كان مثل المحيل في الملاءة اختلفوا فيه قيل: يجوز؛ لأنه لا ضرر على الصغير كما لو باع بمثل قيمته وقيل: لا يجوز؛ لأن فيه ضررا على الصغير؛ لأن الناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء وربما يكون المحتال عليه أعسر في القضاء من المحيل فيلحقه زيادة ضرر فيجب أن يكون أملى من الأول فيحصل له بذلك نوع منفعة لأنه الضرر.

احتال الأب والوصي بدين الصغير إلى أجل لم يجز؛ لأنه ليس له أن يؤجل دين الصغير؛ لأنه إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد وهذا إذا كان دينا ورثه الصغير لا بعقد الأب فأما إذا وجب بعقده فاحتال الأب له إلى أجل جاز عندهما خلافا لأبي يوسف كما في الوكيل بالبيع لما عرف.

[**(الجامع)**](1): مسائله على فصول:

أحدها: في الحوالة بالجياد من النبهرجة أو على عكسه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الزيادات.

والثاني: في الحوالة على أن يعطيه من الوديعة التي له عنده.

والثالث: في الحوالة على أن يعطيه من ثمن داره.

(فصل)

لرجل على آخر مائة نبهرجة وللمدين على آخر مائة جياد فأحال صاحب الجياد على مدينه بالدراهم الجياد في مكان الدراهم النبهرجة على أن يأخذها من الجياد والمحتال عليه غائب فبلغه فأجاز لا يجوز، فإن كان حاضرا جاز استحسانًا فرق بين هذا وبين ما إذا قال أحلتك عليه بدراهم النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك فالحوالة باطلة، والفرق أن هنا أن هذه حوالة لفظا مصارفة معنى، فإن المحيل اشترى الألف النبهرجة التي عليه بألف درهم جياد مرسلة غير مضافة إلى الدين الذي له على المحتال عليه؛ لأن المحيل قال: أحلتك بدراهم جياد ولم يقل بالدراهم الجياد التي لي عليك والمصارفة بدراهم مرسلة بشرط أن يعطي أحدهما حويلا لصاحبه بالدين الواجب بالصرف يجوز استحسانًا متى كان المحتال عليه حاضرا وقيل وإن كان غائبا لا يجوز وفي تلك المسألة المصارفة حصلت بدين للمحيل على غيره؛ لأن المحيل قال أحلتك بدراهمه النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك والمصارفة بدين على غيره باطلة، فإن دفع قبل مفارقة المحيل له جاز ولا تبطل وتنتقض الحوالة وعادت دراهمه النبهرجة لما عرف. إن قبض بدل الصرف يعتبر في مجلس المتعاقدين لا في مجلس غيرهما والمتعاقدان للمصارفة المحيل والمحتال له، فإن قضى المحتال عليه المحتال له الدراهم الجياد على الحوالة الأولى يبرأ عن دين المحيل؛ لأنه أمره أن يعطيه ما عليه من الجياد وقد أوفاه الجياد كما أمره به.

وقيل: عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبرأ وللمحيل أن يرجع على المحتال له بالجياد ثم يعطيه دراهمه نبهرجة؛ لأنه أمره بإيفاء النبهرجة من الجياد ولا يمكن إيفاء النبهرجة من الجياد فقد أحال على غريمه بما ليس في وسعه إيفاؤه فكان باطلا والصحيح هو الأول؛ لأنه أمره بأن يعطيه ما عليه من الجياد وفي وسع المحتال عليه

إيفاء ما عليه من الجياد وإنما لا يقدر على إيفاء النبهرجة من الجياد والمحيل يأمره بذلك، لرجل على آخر ألف جياد وعلى صاحب المال على رجل آخر ألف نبهرجة فأحال من عليه النبهرجة على الذي عليه الجياد على أن يعطيه نبهرجة والجياد له فالحوالة باطلة؛ لأن هذه مصارفة حصلت بدين للمحيل على غيره؛ لأن المحيل قال أحلتك بدراهمه النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك فالمحيل اشترى النبهرجة التي عليه بالجياد التي له على المحتال عليه فيكون هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وهذا لا يجوز، فلو أعطاها المحتال عليه يرجع بها على المحيل وللمحيل على المحتال عليه دراهمه الجياد، وإن شاء المحتال عليه رجع على المحتال بما أعطاه قيل هكذا في المسألة الأولى وقيل: بل بقي هنا خاصة؛ لأنه أعطاه بحكم ضمان فاسد فكان كالمقبوض بحكم بيع فاسد وصار كالكفيل بالثمن بأمر المشتري إذا أدى الثمن إلى البائع ثم استحق المبيع كان له أن يرجع بما أدى على المشتري بحكم الأمر، فإن شاء رجع على البائع بما أعطاه؛ لأن البائع قبضه بحكم ضمان فاسد، ولو لم يكن هكذا غير أن المحيل صالح المحتال عليه من دراهمه على ألف نبهرجة على أن يحيلها عليه هذا المحتال له بدراهمه النبهرجة وتراضوا جاز؛ لأن الصلح إبراء للبعض واستيفاء للبعض وكان فيه معنى الإبراء والمعاوضة فمتى تعذر تجويزه معاوضة يجوز إبراء وخطأ عن الجودة كمن له على آخر ألف جياد فصالح على ألف نبهرجة جاز واعتبر خطأ وإبراء عن الجودة فكذا هذا فصار كأنه إبراء عن الجودة بشرط أن يحيل عليه بالباقي غريمًا له والبراءة لا تبطل بهذا الشرط فكذا الصلح.

(فصل)

ولو كان له ألف جياد وديعة في يد المحتال عليه أو مغصوبة وهي قائمة جاز؛ لأن هذه مصارفة معنى؛ لأن المحيل اشترى ما عليه من النبهرجة بدراهم له جياد وديعة عند المحتال عليه والشراء بالدراهم الوديعة للمشتري عند غيره جائز ولا تجوز بدين له على غيره؛ لأن المصارفة حصلت بدراهم معينة إلا أنه شرط تسليمها على غيره والمصارفة بهذا لا تفسد كما لو أعطاه ببدل الصرف حويلا جاز وإن شرط التسليم على غيره.

(فصل)

أحال بمال على رجل على أن يعطيه من ثمن داره هذه يعني دار الحويل بالحوالة جائزة ولا يجبر المحتال عليه على بيع داره ولا على إعطاء المحيل ماله حتى يبيع داره؛ لأن بيع داره أو عبده بشرط توسيعه وفسخه وتأجيلا للمحتال عليه عرفا وعادة حتى لا يطالب بما التزم بالحوالة قبل بيع داره فكان بمنزلة أجل مشروط في الحوالة وفي التأجيل لا يجبر على تعجيل ما التزم بالحوالة قبل حلول الأجل لما فيه من إبطال حقه في الأجل فكذا هذا؛ لأن هذا تأجيل معنى وقيل بأنه يجبر على بيعها؛ لأنه التزم بيعها بالحوالة لإيفاء الدين فصار كالعدل في الرهن متى سلط على بيعه يجبر عليه فكذا هذا، فإن باع داره أجبر على أن يعطيه ماله منها؛ لأنه التزم إيفاء ما احتال به من ثمنها وقد قدر على إيفائه فيلزمه.

ولو أحال أن يعطيه من ثمن دار المحيل بغير أمره فالحوالة باطلة؛ لأن المحتال عليه لا يقدر على دار المحيل بغير إذنه، فإن أذن له المحيل ببيع داره فالحوالة جائزة ولا يجبر على بيعها؛ لأنه التزم بالحوالة ما يقدر على إيفائه وهو بيع داره وإيفاء ما احتال به من ثمنها ولا يجبر على بيعها؛ لأنه صار وكيلا ببيعها من جهة المحيل، والوكيل بالبيع إذا امتنع من بيع ما وكل ببيعه لا يجبر على ذلك، لأنه متبرع في بيعه بخلاف الرهن إذا سلط العدل على بيعه يجبر عليه إذا أبى ببيعه؛ لأن ثمة البيع مستحق مشروط في عقد الرهن والرهن لازم في جانب الراهن فكذا ما شرط فيه من البيع وهنا البيع لم يكن مشروطا في الحوالة حتى لو كان البيع مشروطا في الحوالة، فإنه يجبر في بيعها كما في الرهن.

(الزيادات): مسائله على فصول:

أحدها: في موت المحيل.

والثاني: في إبراء المحتال عليه.

والثالث: في حوالة المكاتب ببدل الكتابة.

والرابع: في مرض المحيل مرض الموت وعليه ديون.

والخامس: في حوالة المشتري بالثمن.

والسادس: في حوالة البائع غريما له على المشتري.

(الفصل الأول)

على وجهين:

أحدهما: إذا احتال حوالة مقيدة بأن كان للمحيل على المحتال عليه دين فاحتال طالبه على أن يعطيه من دينه ثم مات المحيل وعليه ديون كان المحتال له أسوة الغرماء ويبطل على المحتال عليه ما بقي من دينه.

وعند زفر: ليس للغرماء أن يشاركوه فيه؛ لأن حق المحتال له أسبق تعلقا من حق الغرماء؛ لأنه ثبت بالحوالة وحق الغرماء ما لو ثبت ثبت في أول المرض فيكون هو أخص به كالمرتهن مع سائر الغرماء.

لنا: أن ما على المحتال عليه بقي ملكا للمحيل لأن المحتال له لم يملكه بالحوالة؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لكن ثبت بالحوالة المحتال له دين على المحتال عليه مع بقاء دين المحيل ملكا له إلا أن المحيل إنما لم يكن له حق الأخذ؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل حقه بشرط أن يوفي ما وجب له بالحوالة مما عليه والمحتال عليه قبل هذا الشرط أيضًا فلو بقي للمحيل حق الأخذ يفوت الرضاء بالحوالة فبطلت الحوالة فالمحتال بمجرد الحوالة لم يصر متملكا لذلك الدين ولا مساندة عليه، فإذا مات تعلق حق الغرماء بماله والدين ماله فيكون مقسوما بينهم بالحصص ثم المحتال له لا يشارك فيه قياسًا لأنهم أخذوا دين المحيل والمحتال له من غرماء المحتال عليه لا من غرماء المحيل ويشاركهم فيه استحسانًا؛ لأنه رضي بالحوالة بشرط أن يسلم دين المحيل له، فإذا لم يسلم تبطل الحوالة ويعود الدين إلى ذمة المحيل ويصير من غرمائه ويبطل ما بقي من دينه؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك، ولهذا يبطل بهلاكه فكذلك باستحقاقه.

والثاني: إذا كانت الحوالة مرسلة فللمحيل أن يأخذ دينه ووديعته من المحتال عليه وفي الحوالة المقيدة لم يكن له أن يأخذ؛ لأن في الحوالة المقيدة المحتال له

إنما رضي بنقل حقه بشرط أن يوفي ما وجب له بالحوالة مما عليه والمحتال عليه قبل هذا الشرط لما بينا وقد انعدم هنا هذا الشرط فيبقى له حق الأخذ؛ لأن المحتال عليه قبل الحوالة مطلقًا فلم يتعلق بما عليه.

ولو كانت الحوالة مطلقة وله عنده وديعة ثم مات المحيل كانت الوديعة بين غرماء المحيل؛ لأنه تركته ودين الطالب على المحتال عليه؛ لأنه لا دين له في ذمة المحيل ولم يبطل بالحوالة ليعود الدين إلى ذمة المحيل فيصير من غرمائه فلهذا لا يزاحم المحتال له غرماء المحيل إلا أنه يوجد من غرماء المحيل كفيل لأنا نعلم أن لهم مزاحما فيما يقبضون، فإن المحتال عليه إذا أدى مال المحتال له يرجع على المحيل فيشارك غرماء المحيل، وإن نوى مال المحتال على المحتال عليه بموته مفلسا للمحتال له حق الرجوع على المحيل فكان مزاحما لغرماء المحيل فيستوثق منهم بكفيل؛ لأن ذلك المزاحم مجهول الحال عاجز عن النظر لنفسه والقاضي إنما نصب لكل من عجز عن النظر لنفسه.

(الفصل الثاني)

إذا أحال على أن يعطيه مما له عليه فأبرأ المحتال له المحتال عليه من الدين يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه الذي كان له عليه؛ لأن المانع من الرجوع تعلق حق المحتال له به وقد زال ذلك بالإبراء فصار نظير المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين كان للراهن أن يسترد منه رهنه فكذا هذا.

ولو وهب مكان الإبراء لا ينفى دين المحتال فرق بين الهبة والإبراء والفرق أن الهبة تمليك، ألا ترى أنها لو أضيفت إلى العين كان تمليكا صحيحا فوجب الملك له فيما في ذمته ثم سقط الدين حكما لملكه ما في ذمته، فإذا ملك ما في ذمته بالهبة صار كما لو ملك بالأداء.

ولو ملك بالأداء يرجع عليه فكذا هذا.

فأما الإبراء إسقاط، ولهذا لو أضيف إلى العين لا يصح إلا أن له شبه التمليك ولكن لو رجع إنما يرجع بملك ما رجع به حقيقة ولا مساواة بين الشبهة والحقيقة فلهذا لا يرجع به.

(الفصل الثالث)

لمكاتب دين على رجل فأحال المولى عليه حوالة مقيدة بأن يعطيه مما عليه حارث ويعتق المكاتب.

ولو أحال حوالة مطلقة لا يجوز ولا يعتق؛ لأن طريق الجواز في الحوالة المقيدة أن يصير المكاتب موكلا للمولى بقبض دينه ويصير إذنا للمحتال عليه بتسليم ما عليه إلى المولى فيأخذه قضاء من حقه وذلك جائز هذا الطريق معدوم في الحوالة المطلقة؛ لأنه لم يوكل بقبض دينه ولم يصر إذنا للمحتال عليه بتسليم ما عليه.

ولو لم يكن للمكاتب عليه دين لا يجوز كيف ما كانت الحوالة؛ لأن الكفالة ببدل الكتابة إنما لا يجوز؛ لأن الكتابة غير لازمة على المكاتب بدليل أنه لو عجز نفسه يسقط فلو صحت الكفالة تلزم على الكفيل فيصير الواجب على الكفيل غير الواجب على الأصيل هذا المعنى موجود في الحوالة إذا لم يكن عليه دين.

ولو أحال المولى غريما له على المكاتب ولم يذكر المكاتبة لم يصح؛ لأن الحوالة المطلقة في بدل الكتابة لا يصح كالكفالة به وإن أحاله من المكاتبة صح ولم يعتق حتى يؤدي؛ لأنه يصير المولى موكلا غريما بقبض بدل الكتابة من المكاتب ويصير إذنا للمكاتب بتسليم بدل الكتابة إليه ليأخذه قضاء لحقه وذلك جائز ولا يعتق المكاتب ما لم يؤد؛ لأن ذمته ما برئت عن المكاتبة بل هو مطالب بالمكاتبة من جهة المولى فلا يعتق قبل الأداء.

(الفصل الرابع)

أحال البائع غريما له بالثمن على المشتري ثم رد العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء لم تبطل الحوالة فكذا لو رد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو تقايلا البيع لا تبطل الحوالة، وعند زفر تبطل؛ لأن الحوالة كانت مقيدة ببدل الكتابة والثمن، فإذا بطلت الكتابة وانفسخ البيع لم يبق بدله وثمنه فتبطل الحوالة.

لنا: أن الحوالة وقعت صحيحة؛ لأنها أضيفت إلى الدين والدين ثابت في ذمة المشتري

والمكاتب وتعلق حق المحتال له بذلك والكتابة والبيع انفسخا بفعل المحيل والمحتال عليه في الإقالة وخيار الرؤية والشرط وفي خيار العيب بفعل القاضي فيظهر الانفساخ في حقهما ولا يظهر في حق غيرهما كي لا يؤدي إلى إبطال حق المحتال له والمكفول له فلا تصح في حقهما صونا لحقهما عن البطلان.

(الفصل الخامس)

ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحتال عليه ثم مرض المحيل فقضى المحتال عليه صاحب المال ماله يسلم للمحتال له؛ لأن المحتال عليه التزم المال له بالحوالة وأدّاه من خالص ماله؛ لأن المديون إنما يقضي الدين من مال نفسه فكان هذا مال المحتال عليه لا مال المحيل فيسلم للمحتال له ويؤخذ من المحتال عليه ما عليه ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص والمحتال عليه يشاركهم فيه؛ لأن المحتال عليه قضى المحتال له مال نفسه واستوجب الرجوع على المحيل بما أدى فصار ذلك قصاصًا بدينه فحين مات المحيل من مرضه بين أنه خص أحد غرمائه بقضاء الدين بماله والمريض محجور عن هذا فلا يسلم للمحتال عليه ما في ذمته بعد موته.

ولو كان للمحيل وديعة عند المحتال عليه فأحال بتلك الوديعة والمسألة بحالها فلا سبيل لغرماء المحيل على المحتال عليه؛ لأنه كان أمينا وقد سلم الأمانة إلى من أمره المالك بالتسليم إليه فيكون التسليم إليه بأمره كالتسليم إلى المالك لكنهم يشاركون المحتال له في المقبوض بالحصص؛ لأن ما أخذه المحتال له عين مال المحيل فصار أخذه من يد المحتال عليه بأمره كأخذه من يد المحيل فتبين أن المحيل خص أحد غرمائه بقضاء دينه فلا يسلم للقابض ما قبض.

ولو لم يعطه المحتال عليه من تلك الوديعة بل من ماله يكون متطوعا قياسا لا استحسانًا نظيره الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعا فاشترى وأدى الثمن من مال نفسه أو الوكيل بقضاء الدين أو الإنفاق على عياله والمال مدفوع إليهما إذا أنفق من مال نفسه يكون متطوعا قياسا لا استحسانًا وقد مرت المسألة في كتاب الوكالة. انتهى.

(باب رجوع المحتال له إذا مات المحتال عليه مفلساً أو جحد الحوالة)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الموت مفلسًا.

والثاني: في قضاء الدين.

والثالث: في الإبراء.

(فصل)

وليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا نوى ما على المحتال عليه بأن يموت مفلسًا أو جحد الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال له بينة.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بهذين وبثالث وهو أن يقضي القاضي بإفلاس المحتال عليه في حالة الحياة، وعند الشافعي لا يعود الدين إلى ذمة المحيل أبدا.

والصحيح قولنا؛ لأنه فقد الغرض المطلوب بالحوالة وهو السلامة؛ لأن غرض المحتال له من الحوالة هو السلامة وهي وصول الدين من ذمة الحويل إليه بدلالة العرف والعادة، فإن العادة قد جرت باختبار الملاءة في الحوالات، فإن الناس في الحوالات يختارون الأملى فالإملاء والملاءة والسهولة في القضاء لا يطلب لعينها بل لما أنها سبب الوصول إلى الدين فكان الغرض هو الوصول إلى الدين تحقيقه أن تفريغ ذمة المحيل وتبريزها عن الدين مما يضر بالمحتال له لما فيه إسقاط حقه فالعاقل لا يرضى بإسقاط حقه وتحمل الضرر إلا لغرض صحيح إذ المال محبوب كل إنسان، فإذا مات مفلسا فات رجاء الوصول إلى الدين ففات الغرض المطلوب بالحوالة والمحتال له ما رضي بقبول الحوالة إلا لهذا الغرض، فإذا فقد هذا الغرض فقد فقد الرضاء بالعقد فارتفع العقد من الأصل فيعود الدين إلى ذمة المحيل كما لو صالح عن الدين على عين ثم هلك العين قبل التسليم مات المحيل وعليه دين تحاص الغرماء المحتال له في الدين الذي على المحتال عليه ولا يسلم للمحتال له

إلا ما قبض قبل موته؛ لأنه يبقى هذا الدين على ملك المحيل؛ لأنه لو صار ملكا للمحتال له كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وهذا لا يجوز ولكن تعلق حقه به استيفاء وتعلق حق الاستيفاء يمنع المالك من التصرف المبطل لحقه ولا يمنع تعلق حق الغرماء به بخلاف الرهن؛ لأنه ثبت للمرتهن في المرهون ملك اليد والجنس وأنه يضاهي ملك الرقبة فصار أحق وأخص به وهذا ثبت له مجرد حق الاستيفاء من غير نوع ملك اليد والجنس فلا يصير أخص به كما في كسب العبد المأذون.

(النوادر): مسائله مذكورة في أجناس الناطفي، روى بشر بن الوليد في **(الإملاء)**: لو أن المحتال عليه أحال الطالب بها على الأصيل أو رده بها عليه ونوى الدين على الأصيل لم يرجع الطالب على المحتال عليه الأول؛ لأنها قد صارت إلى الأصيل، وإذا مات المحتال عليه مفلسا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأه الأصيل فنوى الدين على المحتال عليه وقد نوى بموته مفلسا، ولو مات مفلسا ولم تكن هناك كفالة رجع الطالب على المحيل إلا أن يكون القاضي فلسه حال حياته وهو مقر بالحوالة، فإنه لا يرجع على المحيل في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه قد يكون عينا موسرا في وقت معسرا في وقت آخر، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع على المحيل بدينه.

(فصل)

وإن قضى أجنبي المال عن المحتال عليه فله أن يرجع بذلك على المحيل إذا لم يكن له على المحتال عليه دين؛ لأن قضاء الأجنبي دين المحتال عليه كقضائه بنفسه؛ لأن الأجنبي يقوم مقامه في قضاء دينه.

ولو كان للمحيل على المحتال عليه دين وقضى أجنبي الدين عن المحيل لا يرجع الأجنبي على المحيل؛ لأنه متطوع في قضائه؛ لأنه قضى بغير أمره ويرجع المحيل بدينه على المحتال عليه؛ لأنه لم يقض دين المحتال عليه فبقي الدين عليه كما كان.

ولو قضاه الأجنبي ولم يبين عند القضاء أحدهما بعينه فالقول قوله عن أيهما قضاه، فإن كان غائبا أو ميتا قبل البيان والقضاء على المحتال عليه؛ لأن الدين بالحوالة انتقل إلى ذمة المحتال عليه وبرئت ذمة المحيل عنه فكان المحتال عليه محتاجا إلى تخليص رقبته فيقع القضاء عنه ظاهرًا عند الإيهام والإجمال حتى يبين بخلافه. رجل له على رجل ألفا درهم فكفل عنه إنسان بألف وأحال المطلوب الطالب بألف أخرى، فإن قال المطلوب نويت بالألف المحال بها الألف المكفول بها فالقول قوله؛ لأن له أن ينوي ذلك؛ لأنه هو المملك.

ولو لم يكن له نية يومئذ فالألف المحال بها من الألفين جميعا نصفان قال ابن سماعة: وكذلك على قياس قول محمد رحمه الله إن دفعها المطلوب إلى الطالب، ثم قال لم أنو بها شيئًا ولكني أجعلها اليوم من الألف المكفول بها عن فلان، وكذلك لو كان عليه ألف من كفالة عن رجل وألف من كفالة عن رجل آخر هذا كله رواية بشر بن الوليد.

ولو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم وجد بالمبيع عيبا فردّه بقضاء فليس له أن يأخذ الثمن من البائع ولكن البائع يحيله على المحتال عليه شاهدًا كان أو غائبًا والقول قول البائع أنه لم يقبض الثمن منه، وإن رده بغير قضاء، فإنه يأخذ الثمن من البائع؛ لأن الرد بغير قضاء بيع جديد فيجب عليه ثمن جديد مستأنف وفي البيع الفاسد لو رد القاضي المبيع على البائع رجع المشتري بالثمن على المحتال عليه؛ لأنه متاركة وفسخ في حق الكل.

(فصل)

(الزيادات): المحتال عليه أعطى كفيلا بالمال ثم مات المحتال عليه مفلسا لم يعد المحتال على المحيل بدين؛ لأن ذمة المحيل برئت بحكم الحوالة وإنما يعود الدين إلى ذمته عند فوات السلامة وتحقق التوى والسلامة لم يفت والتوى لم يتحقق بموت المحتال عليه عن كفيل؛ لأن ذمة الكفيل بحلفه فصار كما لو مات وترك مالا، وإن كان رهن بالمال رهنًا ثم مات رجع الطالب على المحيل. فرق بين

الرهن والكفالة والفرق أن الدين إنما يبقى ببقاء محله ومحله ذمته أو ذمة من يحلفه وذمة الكفيل يحلفه قائمه مقام ذمته فيبقى الدين ببقاء محله وفيما إذا ترك المحتال عليه مالا قدمه الوارث يحلفه في توجه المطالبة وفي الرهن لم يحلف ذمة أحد؛ لأنه لا يمكن جعل ذمة الراهن حلفه عن ذمته في حق توجه المطالبة؛ لأنه تبرع بإثبات ملك اليد لا بقضاء الدين من العين، ألا ترى أن في حال حياته لا يطالب الراهن بقضاء الدين من الرهن والورثة إنما يحلفونه في ملكه لا في ملك غيره فلم يبق ذمة أحد فلم يبق محل الدين ولا يبقى الدين. رجل عليه دين فرهن به ثم إنه أحال صاحب الدين على آخر له أن يأخذ رهنه.

وذكر بعد هذا: ليس له أخذه قيل ما ذكر هنا قول محمد وما ذكر بعده قول أبي يوسف وجه تلك الرواية أنه رهن بهذا الدين وغير هذا الدين باقٍ على المحتال عليه كذلك حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وجه هذه الرواية: أن الدين باقٍ على غيره ولكن هو إنما رهن بدين عليه لا بدين على غيره والدين على المحتال عليه مثل ما على المحيل فلم يكن الرهن بدين على المحيل رهنًا بدين على المحتال عليه فكان له أن يسترده وإذا مات المحتال عليه ولم يقبض صاحب الرهن رهنه حتى هلك في يد المرتهن ذهب الرهن بما فيه؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء لكنه لا يتضرر الاستيفاء لخيار الراهن في البعض بالافتكاك، فإذا هلك بطل خياره وصار مستوفيا من ذلك الوقت كالراهن إذا قضى الدين ولم يسترد الرهن حتى هلك في يد المرتهن هلك مضمونا حتى يسترد ما أدى فكذا هذا.

وفي (المجرد): قال أبو يوسف رحمه الله: لو أحالت المرأة على زوجها غريما لها بالمهر لها أن تمنع نفسها؛ لأن غريمها بمنزلة وكيلها، فإذا قبض لا تمنع نفسها وقد مرت بالنكاح.

(باب الاختلاف في الحوالة والبينة فيها)

(المبسوط): كفل بشرط براءة الأصيل يكون حوالة؛ لأنه كفالة صيغة ولفظا ولكنها حوالة معنى وحكما، فإن حكم الحوالة أن ينتقل الدين إلى ذمة المحتال

عليه ويبرئ المحيل عنه فقد جعل الكفالة عبارة عن الحوالة وقد تعذر العمل بهما لتضاد بين حكميهما وكان اعتبار المعنى وإلغاء اللفظ أولى؛ لأن المقصود هو المعنى واللفظ تابع له لكونه ذريعة إليه فجعلت لها حوالة.

وإن توى ما على الكفيل بموت عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بموت أو بفلس الحاكم إياه يرجع على الأصيل كما في حقيقة الحوالة.

ولو مات هذا الكفيل فقال الطالب: لم يترك وفاء وكذبه المطلوب فالقول قول الطالب وعلى المطلوب البينة؛ لأن المطالب متمسك بما هو الأصيل؛ لأن الفقر أصل في بني آدم واليسار عارض والقول قول من تمسك بالأصل ما لم يثبت العارض بالحجة.

ولو قال المحيل: كان لي عليك دين مثل ما قضيته وأنكر المحتال عليه فالقول قوله؛ لأن الحوالة متى كانت صحيحة من غير دين فإقدام المحتال عليه على الحوالة لا يكون إقرارًا منه بالدين للمحيل وكان المحيل مدعيا دينا عليه وهو منكر فيكون القول له.

ولو قال المحيل: كنت وكيلي في قبض المال وقال المحتال له بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول للمحيل مع يمينه؛ لأن الحوالة ليست بإقرار منه للدين نصًّا ولا اقتضاء؛ لأن الإحالة كما تستعمل في نقل الدين وتحويله تستعمل في نقل التصرف وتفويضه إليه على سبيل الوكالة لا تبنى على النقل مطلقًا لا عن نقل الدين، ألا ترى أن محمدًا رحمه الله قال في مال المضاربة: إذا صار دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي أنه لا يجبر ويقال له أجل رب المال على الغرماء أي وكله، فإذا كانت الحوالة تستعمل في الوكالة لم يصر المحيل معترفا بالدين فالشك، بل لما كان محتملا كان القول قول الذي اتهمه إلا أن يكون المحيل. قال الحويل: اضمن عني هذا المال فليس للمحتال عليه أن يمتنع من الدفع إلى المحتال له بعدما ضمن له؛ لأن قوله اضمن عني لا يحتمل الوكالة؛ لأنه أمره أن يضمن عنه وإنما يصير ضامنا عنه إذا كان على المحيل دين وهذا إقرار بالمال له عليه ولو توى المال قبل المحتال رجع المحتال له بالدين على المحيل، ولو أدى المحتال عليه

الدين ثم اختلفا فقال المحتال عليه أحلت بمالي عليك وقال المحتال له: ليس لك عليّ دين فأرجع عليك فالقول قول المحتال عليه؛ لأنه أدى دينه عن أمره فله أن يرجع إلا أن يثبت ما يبطل حقه.

(النوادر): ولو غاب المحتال له وأراد المحيل أن يقبض المال من المحتال عليه وقال أحلته بوكالة لا يصدق على ذلك؛ لأنه قضاء على غائب هذا رواية بشر بن الوليد.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، قال يقبل قول المحيل أنه وكيله؛ لأن الدين حقه قبل المحتال عليه وقد أنكر إسقاطه بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة، وكذلك لو قال: لا يدفعه جاز بهبة، وإن كان الآخر غائبًا.

وروى هشام عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أقام المحتال له البينة على جحود المحتال عليه الدين له وهو غائب لا تقبل بينته؛ لأن المشهود عليه غائب وإن صدقه المحيل أن الآخر جحده رددته عليه، وإن كان المحتال عليه حاضرا فجحده رددته على المحيل بدون البينة.

(باب الحوالة على الكفيل والجمع بين الحوالة والكفالة)

(المنتقى): أحال المحتال عليه المحتال له على رجل آخر جاز وبرئ الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل يجوز فكذا الحوالة من المحتال عليه. رجل قال لرجل قد ضمنت مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان فرضي الطالب إن أحاله الضامن على فلان وقبل فهو جائز وقد أحاله بماله، وإن لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على حاله.

ولو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر قال فهذا على أن يحيله على فلان متى ما شاء فيكون على المحتال عليه إلى شهر؛ لأنه لا يصح تأجيل الإحالة وهو عقد الحوالة وإنما يصح تأجيل الدين على المحتال عليه فانصرف التأجيل إليه، وإن قال: ضمنت لك على أن أحيلك به على فلان ما بيني وبين شهر فليس للطالب أن يأخذ الضامن أن يحيله به على فلان حتى يمضي شهر، فإذا أحاله به على فلان يكون عليه حياله، وإن لم يقبل فلان الحوالة

فالمال لازم للضامن، فإذا أراد أن يحيله على فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الضامن من الضمان، فإن مات فلان في الشهر فالمال لازم للضامن، وكذلك لو لم يمت ولكنه لم يقبل الحوالة وهذا، كما لو قال لرجل قد كفلت لك بنفس فلان على أني إن وافيتك به مما بيني وبين شهر وإلا فالمال لازم، فإن وافى به ما بينه وبين شهر برئ من الكفالة وضمان المال، وإذا مضى الشهر قبل أن يوافيه به لزمه المال وإن مات الكفيل في الشهر قبل أن يوافيه به لا يخرج الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال إلا بعد مضي الشهر؛ لأنه لم يوافه بالرجل كما كفل.

(الزيادات): أصله: أن الحوالة بدين على الكفيل صحيحة فيتحول ما في ذمة المحيل إلى ذمة الكفيل؛ لأن بعقد الكفالة انضمت ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل والحوالة المقيدة بالشرط من الطالب صحيحة على الأصيل فكذا على الكفيل لكن ما للمحيل على الأصيل وهو الدين وما على الكفيل وهو بوجه المطالبة باقٍ كما كان.

مسائله فصلان:

أحدهما: في إقرار الأصيل أو الكفيل بالحوالة.

والثاني: في الجمع بينهما.

(فصل)

لو أحال الطالب غريمه بالمال على الكفيل يبرأ الكفيل من الطالب وللطالب أن يطالب المكفول عنه وللكفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة؛ لأن الكفيل إنما رضي بمطالبته المحتال له بشرط أن يبرأ من مطالبة الطالب؛ لأنه لا يرضى بمطالبة المطالبين، فإذا ثبت إحداهما يبرأ عن الأخرى ولأن الدين على الكفيل صار كالمرهون بدين المحتال.

وإن لم يصر مرهونا حقيقة لما تبين، فإن أدى المكفول عنه المال إلى المحيل قبل أن يؤدي الكفيل إلى المحتال لم يكن للكفيل على المكفول عنه سبيل لكنه يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة؛ لأن الأصيل يقول له إنما التزمت هذه المطالبة باختيارك بغير أمري فإنك لو لم تقبل هذه الحوالة حتى أديت برئت بأدائي

وإنما بقيت عليك المطالبة بعد أدائي بقبولك الحوالة فليس لك أن ترجع عليّ بشيء بخلاف ما قبل الأداء ولا تبطل الحوالة ولا يبرأ الكفيل من حق المحتال له بهذا.

وقال زفر: تبطل ويبرأ؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بالمال الذي للطالب في ذمة الكفيل ولم يبق ذلك بعد أداء الأصيل فلا تبقى الحوالة لفوات محلها كما لو كانت مقيدة بوديعة في يده وهلكت وإنا نقول بأنه لما تعلقت الحوالة بهذا الدين لم يبرأ الأصيل في حق براءة الكفيل فلم يبرأ الكفيل فتبقى الحوالة مكان محل الحوالة باقيا وإن أدى الكفيل إلى المحتال بعد ذلك كان له أن يرجع على المحيل دون الأصيل بخلاف ما إذا أدى قبل الأصيل والفرق أنه متى أدّى قبل أداء الأصيل تقع المقاصة بينهما يجب للكفيل على المحيل بالأداء وبينما كان للمحيل على الكفيل بالكفالة فلا يرجع على الأصيل فأما إذا أدى الأصيل لم يبق للمحيل على الكفيل شيء حتى تقع المقاصة وقد أدى الكفيل بأمره فلهذا كان له أن يرجع على المحيل بما أدّى عنه وله أن يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة؛ لأنه لم يبق للمحيل على الكفيل شيء فالتحقت هذه الحوالة بالحوالة المطلقة وثمة للمحتال عليه أن يأخذ المحيل حتى يخلصه ولا يكون للكفيل أن يرجع بما أدى على الأصيل؛ لأن الأصيل أدى ما عليه إلى الطالب.

ولو لم يقبل الكفيل الحوالة لم يكن عليه سبيل بعد ذلك فلا يثبت السبيل بقبول الحوالة بغير أمره، ولو أحال الطالب بالمال غريمه على المكفول عنه برئ الكفيل من المال؛ لأن براءة الأصيل بأي سبب كان الإبراء والاستيفاء يوجب براءة الكفيل.

(فصل)

ولو أحال الطالب غريما له على المكفول عنه لم يجز للطالب أن يحيل غريما له آخر على الكفيل؛ لأن بالحوالة الأولى برئ الكفيل عن حق المحيل ببراءة الأصيل فالحوالة الثانية صدرت منه ولم يكن للمحيل على الكفيل شيء فبطلت، فأما إذا أحال أولا على الكفيل ثم أحال بالحوالة الثانية على المكفول عنه جازت الحوالتان جميعا؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل وجد شرط صحة

الحوالة الثانية وهو قيام الدين للمحيل على المحتال عليه فصحت ولا تبطل بصحة هذه الحوالة الحوالة الأولى؛ لأنه حين وجدت الحوالة الثانية وجدت وقد برئ الكفيل من قبل لقبول الحوالة فلا يبرأ ببراءة الأصيل، فإن أراد الكفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه لم يقدر وما لزمه ضمان حادث التزمه بقبول الحوالة؛ لأن الأصيل يقول هذه مطالبة التزمتها للمحتال له باختيارك فإنك لو لم تقبل الحوالة حتى قبلتها أنا برئت من الكفالة.

ولو وقعت الحوالتان معا جاز؛ لأنه وجد بشرطها وهو قيام الدين عليهما، فإن براءة الكفيل ببراءة الأصيل من حكم قبول الحوالة بأمره فتعقبه ولا تفارقه فكانا قائمين وقت الحوالة والله أعلم بالصواب.

كتاب الرهن

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الرهن، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] أمر بأخذ الرهن وقبضها حالة المداينة عند عدم وجدان الكاتب؛ لأنه عطف على الأمر بالإشهاد وأدنى مرتبة الأمر إفادة الجواز، ولما روى محمد رحمه الله عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيّ طَعَامًا بِنَسِيئَةٍ ورهن به درعه**"[(١)]، والمعنى فيه أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء إحياء لحق المرتهن؛ لأنه يصلح للتوثيق ونسبة الحاجة إليه إنما يصلح؛ لأن الراهن متى صار محجورا عن الانتفاع به عند امتساس حاجته إليه فيضجر فيتسارع إلى قضاء الدين ليمكنه الانتفاع بأعز أمواله عند امتساس الحاجة إليه؛ لأن الرهن وسيلة موصلة إلى إحياء حق المرتهن[(٢)].

وأما تفسيره لغة: فالرهن عبارة عن الحبس لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسة بوزر ما اكتسبته من المعاصي.

وقال الشاعر[(٣)]: [البسيط]

وفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

---

(١) أخرجه البخاري (٣٥٤/٤ رقم ٢٠٦٨)، ومسلم (١٢٦٦/٣ رقم ١٢٦/١٦٠٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٩٥/٧، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ١٧٥/٤، ورد المحتار ١٧٤/٤، ومنح الجليل ٥٠/٣، والزرقاني على خليل ٢٢٩/٥، والبهجة ٢٨٨/٢، والخرشي ٢٣١/٥، وأسنى المطالب ١٤٢/٢، وفتح العزيز ٣٧٥/٩ - ٣٨٥، ونهاية المحتاج ٢٢٥/٤، وكشاف القناع ٣٠٤/٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٢٧/٢. والمغني ٤٣٦/٦ (ط. هجر) والاختيارات الفقهية ص ١٣١.

(٣) البيت لزهير بن أبي سلمى، انظر: ديوانه ٣٨. وغلق الرهن: أي استحقه المرتهن، وذلك إذا لم يفتك في الوقت المشروط. الصحاح (غلق) ١٥٣٨/٤.

والمراد به أن قلبه صار محبوسا عند الحبيب المفارق بسبب الحب، ولهذا قيل للميت رهين التراب إلا أن في الشرع يراد به جعل المال محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون. **وأما ركنه:** فهو الإيجاب وهو قول الراهن رهينتك هذا بمالك عليّ من الدين أو خذ هذا الشيء رهينا بدينك والقبول شرط له؛ لأن الرهن عقد تبرع؛ لأنه لم يستوجب الراهن بإزاء ذلك شيئًا والتبرع يتم بالإيجاب من غير قبول كالهبة والصدقة حتى لو حلف لا يهب ولا يرهن ففعل ولم يقبل الآخر حنث.

وأما شرائط جوازه: فكون المرهون مقسوما مقررًا فارغًا عن الشغل بحق غيره، وأن يكون الرهن بحق يمكن استيفاؤه كالديون حتى لا يصلح الرهن بما ليس بمال كالقصاص والحدود والعتاق ونحوه، وأن يكون الرهن مقبوضًا محجوزا في يده وهو أن يكون القبض مستدامًا والقبض شرط اللزوم لا شرط الجواز، فإن الرهن جائز قبل القبض وإنما هو غير لازم وإنما يلزم بالقبض كالقبض في الهبة، وقال ملك القبض ليس بشرط وهذا خلاف النص والإجماع والمعقول، أما النص فقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ الآية وصف الرهن بكونه مقبوضا وإنما شرعه الله تعالى مقبوضًا ثبت كونه مشروعا مقبوضا ولا يثبت غيره إلا بدليل لمن ادعى شرعيته غير مقبوض فعليه الدليل ولا دليل على خلافه كي لا يؤدي إلى الحلف في خيره، وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة على كون الرهن مشروعا مقبوضا، وأما المعقول فهو أن الرهن لغة وشريعة جعل المال محبوسا حتى يضجر فيتسارع إلى قضاء الدين وذلك لا يتحقق إلا بالقبض.

وأما حكمه: فملك العين المرهون في حق الحبس حتى يكون أحق بإمساكه إلى وقت إيفاء الدين، فإذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه فما فضل يكون لسائر الغرماء والورثة.

وقال الشافعي: حكمه تعين المرهون لقضاء دين المرتهن حيث يثبت له مطالبة الراهن ببيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه إن لم يؤد من مال آخر.

ولو مات أو أفلس وعليه ديون يكون المرتهن أخص به من سائر الغرماء.

وأما صفته: قال عامة العلماء: بأن الرهن مضمون على المرتهن بأقل من قيمته ومن الدين، وتفسيره إذا كان الدين والرهن قيمتهما سواء فضاع فهو بما فيه، وإن كانت قيمة الرهن أكبر من الدين فقدر الدين مضمون عليه حتى يسقط الدين بهلاكه والفضل أمانة في يده، فإن كانت قيمته أقل من الدين رجع المرتهن على الراهن بالباقي.

وقال زفر رحمه الله: مضمون على المرتهن بالقيمة حتى لو كانت قيمته أكبر من الدين يرجع الراهن على المرتهن بالفضل.

وقال الشافعي رحمه الله: الرهن أمانة في يد المرتهن حتى لو هلك في يده لا يسقط شيء من الدين.

والصحيح قولنا؛ لإجماع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من السلف على كون الرهن مضمونا على المرتهن وقد صنف داود الأصفهاني كتابا وذكر فيه مائة مسألة أن الشافعي خالف إجماع الصحابة وعدّ هذه المسألة من جملتها وكل قول هو مخالف للإجماع فهو باطل.

ورُوي أن رجلا رهن فرسه عند صاحبه بدين عليه، فهلك الفرس عنده، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن: "**ذَهَبَ حَقُّكَ**"[1].

ولا حجة للشافعي[2] في قوله عليه السلام: "**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**"[3]؛ لأن الغلق والانغلاق هو الاحتباس أي لا يحبس الرهن عند المرتهن بل للراهن أخذ الرهن بقضاء الدين وليس للمرتهن حق التملك ولصاحبه غنمه وعليه غرمه يحتمل أن المراد منه؛ لأن صاحب الرهن المرتهن والراهن

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص ١٧٢ - ط الرسالة) من حديث عطاء بن أبي رباح مرسلًا، ونقل كذلك الزيلعي في نصب الراية (٣٢١/٤ - ط المجلس العلمي) عن ابن القطان أنه ضعف الراوي عن عطاء، وهو مصعب بن ثابت بن عبد الله.

(٢) انظر: مغني المحتاج ١٣٦/٢، وكشاف القناع ٣٤١/٣.

(٣) أخرجه البيهقي (٣٩/٦ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أبي هريرة، ورجح إرساله من حديث سعيد بن المسيب، وكذا نقل ابن حجر في التلخيص (٣٦/٣ - ط شركة الطباعة الفنية) عن أبي داود والبزار والدارقطني وغيرهم أنهم رجحوا إرساله.

صاحب المال لا صاحب الرهن وغنم الرهن للمرتهن، فإن به يحمي حقه وعليه غرمه، فإنه إذا هلك يذهب دينه.

فهذا الحديث حجة لنا على الشافعي، ولأن الرهن شرع لتوثيق الدين بجانب الاستيفاء ليصير الراهن محجورا عن الانتفاع به عند حاجته إليه فيضجر فيتسارع إلى قضاء الدين وليقع الأمن عن اكتواء بالجحود حتى لا يجحد الراهن الدين خوفا له من جحود المرتهن الرهن ولا يتوثق حقه إلا بملك اليد والحبس فصار مستوفيا العين بالدين في حق ملك اليد والحبس فلا يجب الإيفاء في حق ملك اليد والحبس مرة أخرى؛ لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء في ملك اليد وأنه ضرر فلا يجب الإيفاء مرة أخرى دفعًا للضرر عنه ولأنه يؤدي إلى الربا في حق ملك اليد ولا يمكنه المطالبة بالإيفاء من حيث ملك الرقبة وحده؛ لأنه لا يتصور بدون ملك اليد فسقط حق المطالبة بالإبقاء ضرورة.

(**المنتقى**): لو ارتهن على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء وأجازه الراهن جاز الرهن وبطل الشرط؛ لأنه تغيير لعقد موضوع بحكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو رهن نصف دار وسلم الدار إلى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شيء.

وهكذا ذكر في (**نوادر هشام**): عن محمد رحمهما الله: أن في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين.

وفي (**الجامع الكبير**): لو اشترى مسلم خلًا ورهن بثمنه رهنًا فضاع في يده ثم علم أنه كان خمرا ضمن المرتهن، ولو اشترى مسلم خمرا ورهن بثمنه رهنًا فضاع لا يضمن؛ لأنه رهن باطل وفي الأول منعقد فاسد.

(باب ما يقع به الرهن وما لا يقع)

(**الجامع الصغير**): اشترى شيئًا فقال للبائع: امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، يكون رهنًا؛ لأنه أتى بمعنى الرهن والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ.

(المنتقى): رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبًا فقال: أمسك هذا حتى أعطيك مالك، قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن؛ لأنه أتى بمعنى الرهن وهو الإمساك والحبس لأجل إيفاء الدين وإعطائه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون وديعة لا رهنًا؛ لأن الإمساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فتحمل على الوديعة؛ لأنها أقل وهي منتقية والرهن مشكوك فيه.

فإن قال: أمسك هذا بمالك، أو قال: أمسك هذا رهنًا حتى أعطيك مالك فهو رهن بالإجماع، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض هذا قبضا؛ لأن الأخذ والقبض بالدين لا يكون إلا بجهة الاقتضاء والاستيفاء، ولو قال: أمسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن؛ لأنه أمره بالإمساك للإيفاء وذلك لا يكون إلا بجهة الرهن ولو قضاه الراهن مائة، ثم قال خذها رهنًا بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالستوق لا بالزيوف؛ لأن الزيوف وقع به الاستيفاء وبالستوق لا. رجل قال لرجل خذ هذه العشرة الدراهم رهنًا أو هذا القلب وزنه عشرة دراهم رهنًا بدرهم الذي لك عليّ، فإذا هي خمسة وفي القلب خمسة فهو رهن بنصف درهم ولا يفتكها إلا بجميع الدين ولو رهنه عشرة دراهم بالدرهم الذي له عليه فوجد منها خمسة ستوقة تساوي درهما فذلك رهنٌ بالدين اجعل الخمسة الجياد خمسة أسداس الرهن والستوقة السدس. رجل رهن رجلا متاعا بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات مالي فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة فضاع قال يرجع بثلاثمائة؛ لأن لما رهنه ثانيا بتسعمائة انفسخ الأول وانعقد الثاني فكذا هذا.

(الفتاوى): رجل تقاضى دينه من المديون فلم يقبضه ورفع العمامة من رأسه رهنًا بدينه وأعطاه منديلا صغيرا فلفّه على رأسه وذهب الرجل وهلكت العمامة في يده قال فهلك هلاك المرهون؛ لأن ترك الغريم العمامة عنده وذهابه رضى بكونها رهنًا فصار رهنًا.

استقرض من رجل خمسين درهما فقال المقرض: لا يكفيك ابعث إليّ الرهن

حتى أبعث ما يكفيك فبعث إليه الرهن فأخذ يكون رهنًا بخمسين درهما؛ لأنه حين دفع إليه الرهن فالدين على المستقرض خمسين درهما فحسب الدراهم والمنعوتة لا تصير دينا عليه ما لم تصر مقبوضة له.

عن عصام بن يوسف: رجل أراد أن ينزل خانًا فلم يدعه صاحب الخان حتى دفع إلى صاحب الخان ثيابا فهلكت قال إن رهنه بأجرة البيت فالرهن بما فيه، وإن أخذ منه لخوف السرقة ونحوه، فإنه يضمن، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وعندي لا يضمن إذا لم يكن مكرها على الدفع إليه.

(باب ما يجوز الارتهان به وما لا يجوز)

(**المبسوط**): الرهن لا يخلو أن يكون بالديون وبالأعيان، فالرهن بالديون جائز بأي وجه وجب؛ لأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء واستيفاء الدين من الرهن متحقق باعتبار المالية.

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين:

أحدهما: ما يكون مضمونًا بنفسه كالمغصوب والمحصور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد يصح الرهن به؛ لأن الضمان متقرر؛ لأنه إن كان قائمًا يجب التسليم، فإن هلك تجب القيمة أو المثل فأمكن استيفاء الضمان منه ثم إذا هلك الرهن والعين المضمونة قائمة في يد المرتهن يقال له سلم العين الذي في يدك وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن؛ لأن الرهن مضمون عندنا كذلك وإن هلك العين المضمونة قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنًا بقيمة العين المضمونة، فإذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين الذي كان رهنًا.

والثاني: الأعيان المضمونة بغيرها فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البائع مضمون بالثمن حتى إذا هلك المبيع يسقط الثمن ولا يجب بهلاكه شيء على البائع ولا يصير بالرهن مستوفيا للدين فكذا الأعيان التي هي أمانة كالودائع والجواري والمستأجر ومال المضاربة والشركة وبحق الشفعة وكل شيء أصله أمانة فالرهن به باطل؛ لأن ما ليس بمضمون لا يصير مستوفيا بهلاكه، والرهن بالقصاص في النفس

وفيما دونها باطل؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن، فإن كانت الجناية خطأ جاز الرهن بأرشها؛ لأنه أمكن استيفاء الأرش من الرهن والرهن بالدرك وبالدين الذي يستحب باطل بخلاف الكفالة فإنها جائزة؛ لأن الرهن شرع وثيقة للاستيفاء فلا استيفاء إلا للموجود ولا وجود قبل الوجود ولا وجوب هنا فكان الرهن باطلا، فأما الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بالتسليم لا لالتزام أصل الدين على ما عرف فيحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى زمان في المستقبل كالتزام الصدقات ثم الرهن بكل ما هو أمانة أو ليس بمال فلا ضمان على المرتهن إن هلك يعتبر صنعة؛ لأن الضمان إنما يجب إما بالتعدي أو بالعقد والتعدي لم يوجد والعقد لم ينعقد أصلا؛ لأن الرهن تمليك مال بمال في حق الاستيفاء فإنه مضمون، فإذا فقدت المالية والضمان في أحد لم ينعقد أصلا كالبيع بخلاف ما لو رهن بالمبيع وهلك الرهن في يد المرتهن يضمن الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع؛ لأن الرهن انعقد؛ لأنه وجدت مقابلة مال بضمان مضمون لغيره إلا أنه فسد؛ لأن المرهون به لا يمكن استيفاؤه من الرهن؛ لأنه لا يمكن استيفاء العين من العين والفاسد من العقود ملحق بالصحيح في حق إفادة الأحكام.

وذكر القدوري: لو رهن بالمبيع رهنًا ثم هلك ذهب بغير شيء؛ لأن المبيع ليس بمضمون بنفسه فهلك غير مضمون وكذا رهن المشاع والرهن المشغول بحق الغير إذا هلك ذهب بغير شيء؛ لأن ضمان الرهن يتعلق بالقبض والقبض لم يتم فلم يتم موجبه.

ونص محمد في **(الأصل)**: أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بأقل من قيمته ومن الدين كالمقبوض بحكم هبة فاسدة، ولا يصح الرهن بالعبد الجاني ولا العبد المديون؛ لأنه غير مضمون على المولى لو هلك لا يجب عليه شيء.

(النوادر): وذكر القدوري في شرحه: لو اشترى عبدا بألف وأخذ به رهنًا ثم قامت البينة أن العبد حر أو مستحق فالرهن مضمون؛ لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر فكذا لو اشترى شاة مذبوحة أو خلًّا وأعطاه به رهنًا ثم علم أن الخل خمر والشاة ميتة فالرهن مضمون، وكذلك لو قتل عبدًا وأعطاه بقيمته رهنًا ثم علم

أن صاحب العبد حر قال هو مضمون بأقل من قيمته ومن قيمة العبد وهذا على الروايات الظاهرة وعلى قول أبي يوسف الأول لا يضمن؛ لأنه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة.

(المنتقى): استأجر دابة إلى موضع معلوم ودفع الأجر ثم بدا له فله أن يتركها وله أن يحبس الدابة حتى يرد عليه الأجر، فإن نفقت لم يضمنها وله أن يأخذ الأجر؛ لأن أصل هذا ليس بمضمون، وكذا لو مات وترك ابنين وترك عبدًا وهو في يد أحدهما ولصاحب اليد على أبيه دين فله أن يمسك العبد حتى يؤدي الآخر دينه، ولو مات العبد لا يذهب بالدين.

وذكر القدوري: لو أعطى بالأجر رهنًا لعقد الإجارة فالرهن باطل؛ لأنه ليس بمضمون عليه، فإذا هلك تنفسخ الإجارة ولا يضمن قيمته، ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها فأعطى بها لم يخير عندنا خلافا لزفر؛ لأن الدراهم الرهن لا يتعين بالتعيين عندنا فتم الدراهم المشار إليها مضمونة وعنده تتعين كالعروض فكانت مضمونة.

(باب المقبوض بجهة الرهن)

(المبسوط): رهن قلب فضة على أن يقرضه درهما فهلك قبل أن يقرضه يعطيه درهما؛ لأنه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء قال: على أن يقرضه شيئًا ولم يسمّ شيئًا فهلك يعطيه ما شاء؛ لأنه بالهلاك صار مستوفيا شيئًا فصار كناية عند الهلاك قال وجب لفلان عليّ شيء، ولو قال هكذا يلزمه شيء والبيان إليه ما شاء وصار، كما لو قال غصبت من فلان شيئًا، وكذلك لو قال أمسكه رهنًا بنفقة يعطيها إياه؛ لأنه صار مستوفيا مالا مجهولا بالهلاك، ولو قال: أمسكه رهنًا بدراهم يلزمه ثلاثة؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، كما لو قال لفلان عليّ دراهم.

(المنتقى): ولو رهنه رهنًا على أن يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ما شاء، فإن قال أعطيك فلسًا قال رحمه الله لا أستحسن أقل من درهم؛ لأنه

مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض فلا يمكن اعتبار قيمته إذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء؛ لأن الإيهام جاء من قبله فلا يصدق في أقل من درهم؛ لأن العادة لم تجر في استقراض أقل من درهم وهذه مذكورة في **(عيون المسائل)**: لأبي الليث أيضًا.

وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله: لو قال لرجل: أقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فأخذ الرهن فضاع ولم يقرضه قال: عليه قيمة الرهن.

ولو رهن ثوبا فقال: أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئًا فعليه قيمة الثوب إلا أن يجاوز قيمته عشرين؛ لأن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الرهن. رجل رهن عبدا بكرّ حنطة وقبض العبد فمات في يد المرتهن ثم تبين أنه ليس للمرتهن على الراهن شيء من الحنطة يرجع الراهن على المرتهن بقيمة كر حنطة ولا يرجع عليه بقيمة رهن العبد.

رهن دائنين على أن يقرضه مائة وقيمة إحداهما خمسون والأخرى ثلاثون فقبض ما قيمتها خمسون وهلكت بردّ خمسين؛ لأن المقبوض بيد الرهن فالهلاك صار مستوفيا للدين وهو الحنطة فيضمن قيمته مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع، فإن بدا له أن يرهن الأخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض؛ لأن الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما وفي حق المرتهن غير لازم فما شرط على المرتهن قيمته لا يكون لازما، والقرض مشروط في المرتهن فلا يكون لازما في حقه، ولو نفقت الأخرى عند الراهن فاختلفا في القيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن؛ لأن الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، وإن نفقت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما.

ابن رستم عن محمد رحمهما الله: رجل رهن رجلا ثوبا فقال: إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك عليّ قال لا يجوز وقوله عليه السلام: **"لا يغلق الرهن"** هو هذا.

ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنًا والمغصوب قائم في يده وهو مقر له ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن للأقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن؛ لأنه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنًا ولكنه لما رهنه رهنًا صار رهنًا مضمونًا، وإن لم يكن صحيحا.

(باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز)

[(المبسوط)][(١)]: مسائله على فصلين:

أحدهما: في رهن المشاع والمستحق.

والثاني: في رهن المشغول بحق الغير.

(فصل)

أصله أن شرط صحة الرهن أن يكون المرهون مقسومًا مفروزًا محوزًا مقبوضًا فارغًا عن الشغل بحق الغير؛ لأن الشيوع يخرجه من أن يكون مائلًا لحكمه وهو ملك اليد والحبس؛ لأن حبس المشاع واحتواء اليد عليه لا يتصور؛ لأنه ما من جزء حبسه إلا وهو مشترك بينه وبين غيره فحبس النصف شائعا كما اقتضاه العقد لا يتصور ولا يتصور حبس كله على النهائي لعقد شرطه وهو صلاحية كل واحد منهما نائبا عن صاحبه؛ لأن الراهن لا يصلح نائبًا عن المرتهن في حبس ملكه؛ لأن ملك العين علة لملك اليد والحبس فيكون مثبتا اليد وحابسًا العين بحكم ملكه لا بحكم النيابة عن المرتهن وكذا كونه مشغولا بحق الغير بحل بقبضه وحبسه؛ لأنه لا يتمكن من احتواء اليد عليه وحبسه مع كونه مشغولا بحق غيره.

ولا يصح رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم خلافا للشافعي لما مر.

وإذا رهن من رجلين النصف من كل واحد لم يجز، ولو رهنهما مطلقًا يجوز وقد مرت هذه المسائل بشرحها في كتاب الهبة في باب مسائل الشيوع، وإن رهن

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

عبدا نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز؛ لأنه لما سمى لكل نصف بدلا على حدة صار صفقتين فكأنه رهن كل نصف بصفقة في الابتداء وقع شائعا على حدة لا يجوز للشيوع فكذا هذا وشيوع الطارئ يبطل الرهن في رواية الأصل فصورته، ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة دراهم فكسره، فإنه يضمن نصف القلب ويصير مشتركا بينهما فيبطل الرهن، فكذا لو وكّل الراهن العدل ببيع الرهن كيف ما كان مجتمعا ومتفرقًا فباع بعضه بطل عن الباقي، وكذا لو استحق بعض الرهن بطل في كله؛ لأن باستحقاق بعضه شائعا ظهر أن الرهن في الابتداء وقع في الابتداء صحيحا ولا يبطل نظر بأن الشيوع ولو استحق بعضه معينا بقي في الباقي جائزًا؛ لأنه بالاستحقاق فظهر أنه رهن الباقي بالابتداء ورهن الباقي جائز؛ لأنه رهن مقسومًا.

(فصل)

ولا يجوز رهن ثمرة من شجرة ولا كرم إلا أن تصرمه فيقبضها بأمره وكذا رهن شجر في أرض بدون الأرض أو رهن زرعًا دون الأرض أو الأرض دون الزرع؛ لأن الرهن متصل بما ليس برهن فلا يصح التسليم.

ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها جاز؛ لأنه يمكن قبضها بما فيها بالتخلية.

ولو قال: أرهنتك هذه الدار وهذه الأرض يدخل في الرهن كل ما كان متصلا من المرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطب؛ لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه فيدخل في الرهن تبعا تحريًا للجواز.

ولو رهن دارا وفيها متاع قليل أو كبير أو حبوب أو شيء مما ينتفع به لم يصح الرهن حتى يسلم الدار فارغة منها.

ولو رهن الدار بما فيها صح إذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهنًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: لو رهن دارًا والراهن والمرتهن في

جوفها فقال: سلمتها إليك، وقال المرتهن: قبلت لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول قد سلمتها إليك؛ لأنه لا يصح التسليم إلى المرتهن وهو في الدار، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد. رهن شاتين بثلاثين إحداهما بعشرة والأخرى بعشرين ولم يبين أيتهما لم يجز؛ لأن بسبب هذه الجهالة يقع بينهما منازعة عند الهلاك، فإنه إذا هلكت إحداهما لا يدري ماذا سقط من الدين بإزائها عشرة أو عشرين فيتنازعان في ذهاب الدين بهلاكه فيفسد العقد فلو بين فهلكت إحداهما سقط من الدين بقدرها؛ لأنه لما بين حصة كل واحدة منهما من الدين انقطعت المنازعة.

(المنتقى): ولو قال: رهنتك النخل بأصوله جاز إذا سمى بأصوله، وإن لم يسم بأصوله لم يجز؛ لأنه لا يقوم إلا بأصوله ولا يمكن تسليمه بدونها.

وذكر الفقيه أبو الليث في **(العيون)**: يروي أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: في رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز؛ لأن النكاح لا يوجب خللا في الرق والمالية وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها؛ لأنه رهنها وهي مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيها لا يفسد الرهن، فإن وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين؛ لأن الوطء من الزوج ليس بجناية فأشبه الموت من المريض.

قال أبو يوسف رحمه الله: ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضاء المرتهن فهذا مثل الأول، ولو زوجها بغير رضاء المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن أن يمنعه من غشيانها؛ لأن النكاح ما عقد برضاه وثبوت حقه في الحبس سابق على تعلق حق الزوج، فإن غشيها فالمهر رهن معها، وإن لم يغشها لم يكن المهر رهنًا معها؛ لأن له أن يمنعه من الوطء، فإن ماتت من غشيانها، فإن شاء المرتهن ضمن الراهن، وإن شاء ضمن الزوج، فإن ضمن الزوج يرجع على المولى إن كتمه؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه، وإن لم يكن كتمه عليه لا يرجع.

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل أعتق ما في بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز؛ لأنها مملوكة المولى، فإن ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شيء بنقصان الولادة؛ لأنه أراد رهنها وهي حامل والحمل لا بد له من

الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل لسبب كان في يد الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن. رهن عند رجل ثوبين فقال أحدهما رهن لك بحقك أو قال خذ أيهما شئت رهنًا بدينك فهذا باطل، وإن ضاعا لم يضمن ودينه على حاله؛ لأنه رهن شيئًا مجهولا وجهالة المرهون يبطل الرهن؛ لأنه لا يمكن احتواء اليد واشتمالها على المجهول والرهن فيما لا يتصور قبضه باطل.

ولو كان عليه دينار فدفع إليه دينارين فقال: خذ أحدهما قضاء لك فضاعا قبل أن يأخذ فدينه على حاله وهو مؤتمن؛ لأنه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء إلا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور.

ولو قال: أحدهما قضاء لك كان قابضا له بدينه ولا يشبه هذا الرهن، واشتراط الخيار ثلاثة أيام غير جائز للمرتهن؛ لأنه يملك فسخه من غير خيار فاشتراط الخيار مما لا يفيد وللراهن جائز؛ لأنه يحتاج إلى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح إثبات الخيار له فيه.

(باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان وما يضمن بإمساكه وما لا يضمن)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في هلاك الرهن بعد الإبراء.

والثاني: في هلاكه بعد الاستيفاء.

والثالث: في هلاكه بعد فسخ الرهن وإقالته.

والرابع: في هلاكه بعد استعماله.

(فصل)

وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير صنع يضمن المرتهن قياسا وهو قول زفر ولا يضمن استحسانًا.

ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقا، وجه القياس: أن الرهن صار مضمونا

على المرتهن بالقبض واليد؛ لأن به يصير مستوفيا للدين ويده المحتوية على الرهن يد استيفاء للدين ويتقرر ذلك بالهلاك فصار كأنه استوفى ثم أبرأه يبقى مضمونا عليه لبقاء اليد والقبض فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن سبب الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكمه ووجوبه؛ لأن ضمان الرهن إنما يجب إما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك؛ لأن قيام الدين ودوامه شرط لبقاء الرهن؛ لأن الرهن شرع توثيقا وتوكيدا للدين وبعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيده فلا فائدة في بقاء الرهن فلا يبقى فانحل الضمان لارتفاع مناطه فبقي العين أمانة في يده بخلاف الاستيفاء؛ لأن بالاستيفاء يتقرر الدين ولا يسقط أصلا، ولهذا صحت الهبة والإبراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه رد ما استوفى ولا تصح الهبة والإبراء بعد هبة الدين وإبرائه.

ولو أخذت المرأة رهنًا بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فلا ضمان عليها في نصف الصداق، وكذلك لو ارتدت قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فلا ضمان عليها في نصف الصداق؛ لأن الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين.

(فصل)

قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين ردّ ما قبض؛ لأن الدين لم يسقط بالاستيفاء في حق بعض الأحكام إن سقط في حق المطالبة لما بينا فصار مستوفيا ما قبض بعدما استوفى مرة حكما بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخرًا ولو كان الدين طعاما قرضًا فاشتراه من عليه بدراهم ودفعها إلى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام ويتبين بهذه المسألة أن المرتهن يصير مستوفيا من وقت الهلاك دون القبض؛ لأنه لو صار مستوفيا من وقت القبض لما جاز البيع؛ لأنه ليس في ذمة الراهن شيء، قضى أجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن في يد المرتهن يرد المال على المتطوع؛ لأنه استوفى الدين من الراهن بالهلاك بعدما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما إذا استوفى من الغريم ثم

هلك الرهن تصادق الراهن والمرتهن أن لا دين بعد أن اتفقا أنه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن أن يردّ الألف؛ لأن الرهن حين هلك كان مضمونا بالدين لأنهما لم يتصادقا أن لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفيا للدين حكما بالهلاك فصار كما لو استوفى حقيقة.

ولو تصادقا على أن لا دين قبل الهلاك اختلف المشايخ فيه، قيل يهلك أمانة؛ لأن الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضمونا بدين مضمون، فإذا زال التوهم بالتصادق على أن لا دين بدون الضمان كما لو زال بالإبراء والهبة وقيل يضمن؛ لأن توهم وجوب الدين لم يزل بتصادقهما على أن لا دين؛ لأن تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز أن يتذكرا بعدما تصادقا أنه كان عليه دين، وإذا بقي توهم الوجوب بقي مضمونا عليه لأن ما به ثبت الضمان وهو توهم الإقراض منه في الثاني بامتناعه من الإقراض لم يزل لجواز أن يقرضه بعد ذلك فبقي مضمونا عليه.

وكذلك لو أخذ عبدًا على أن يقرضه القائم هلك العبد، فإن كانت قيمته أقل من ألف ضمن قيمته؛ لأنه مقبوض بجهة الرهن فصار كالمقبوض بحقيقة الرهن؛ لأن المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حق إيجاب الضمان دفعا للضرر عن المالك كالمقبوض على سوم الشراء.

(فصل)

أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال؛ لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فظهر الرهن في حق البدل، فإن هلك الرهن في يده هلك بالطعام؛ لأنه كان مضمونا بالطعام وبالفسخ لم يسقط الطعام أصلا فما لم يصل إليه رأس المال فبقي مضمونا به كما كان بخلاف ما لو أبرأه عن الدين؛ لأن هناك سقط الضمان أصلا لسقوط الدين أصلا.

ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن؛ لأنه عند الفسخ ينزل منزلة البائع، وكذلك لو سلم المبيع وأخذ

بالرهن رهنًا ثم تقابلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع، فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا.

أسلم خمسمائة في طعام فارتهن منه عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال، فالقياس أن يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه، وفي الاستحسان أن يجعل رهنًا بدينه ولا يكون مضمونا به، وجه القياس: أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما؛ لأنه ليس ببدل عن الطعام؛ لأن الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالإقالة وهما ضدان فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنًا به، وجه الاستحسان: أن رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه؛ لأنه كان بدلا له في العقد وبالإقالة والصلح لما سقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله؛ لأنه، وإن كان دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم فيه إثباتا وإسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنًا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته؛ لأنها قائمة مقامه، فإن استوفى رأس المال ثم هلك العبد عنده من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه ويأخذ منه رأس ماله. أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته مثل قيمة الكر فصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهنًا بالشعير، فإذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة؛ لأنه برئ عن الحنطة بعوض فصار كما لو برئ بالإبقاء ويجوز أن يكون الشيء رهنًا ولا يكون مضمونا كذا ويد الراهن تكون محبوسا ولا تكون مضمونا وذلك أن الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربى على الاستيفاء الحقيقي.

ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا المسلم صحت الإقالة ويرد عليه طعاما مثله ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد استيفاء الحكمي، وفي مسألة القرض لو صالحه على الشعير بعدما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصلح؛ لأنه لو صالحه عن دين فليس عليه ذلك الدين لا يصح أصلا فكذلك إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي.

ولو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام؛ لأن الإقالة لم

تبطل بهبة رأس المال؛ لأن الإقالة في المسلم لا تقبل البطلان فبقي الرهن مضمونا بالمسلم فيه.

وذكر مسألة في الصرف بيانه: اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فأعطاه بالمائة الدينار رهنًا يساويها ثم تفرقا فسد البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الألف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالألف؛ لأن الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهنًا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم، فإن لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير؛ لأنه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما لهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا.

(فصل)

(المنتقى): الأصل: أن المرتهن والمستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن ومتى أمسكها للاستعمال يضمن فاتحد الفاصل بينهما وهو أنه متى أمسك الشيء في موضع يمسك للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسك فيه للاستعمال فهو حفظ فعلى هذا قالوا إذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار وتعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال؛ لأن الإمساك وجد في موضع لا يمسك للاستعمال فكان الإمساك للحفظ، وإذا تسورت بالسوار وما أشبهه ضمن؛ لأن الإمساك وجد في موضع يمسك للاستعمال فكان استعمالا لا حفظا.

ورُوي عن الصحابة رحمهم الله أن المرتهن إذا تقلد بالسيف المرهون يضمن؛ لأن السيف يستعمل هكذا وكذلك إن كان متقلد السيف ثم تقلد بهذا؛ لأن الرجل قد يتقلد بسيفين عند المشارزة والمحاربة، وإن كان عليه سيفان ثم تقلد بهذا لم

يضمن؛ لأنه حافظ لا يتقلد بثلاثة سيوف جملة للاستعمال فكان للحفظ في هذه الحالة لا للاستعمال.

ورُوي عن محمد رحمه الله: الرهن إذا كان خاتما فيختم به في الخنصر اليمنى يضمن؛ لأن من الناس من يتختم في يمينه للزينة وإن تختم فوق خاتمٍ في ذلك الإصبع لا يضمن، قيل لمحمد: إن الناس قد يستعملون خاتمين في خنصر واحد، قال: إنما يستعملونه للختم لا للزينة قال مشايخنا: فهذا في بلادهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثاني أيضًا للزينة قال مشايخنا: فيجب أن يضمن، وأما إذا تختم بإصبع غير الخنصر لم يضمن؛ لأنه لا يستعمل كذلك قط استعمال الزينة حتى قال بعض مشايخنا إذا تختم وجعل القبض مما يلي الكف لم يضمن وكان حفظا لا استعمالا الوكيل يقبض الدين إذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصي إذا أخذ رهنًا من غريم للميت بدين عليه والورثة كثار فضاع عنده قال محمد رحمه الله: لا ضمان عليه؛ لأنه لم يلِ الإقراض والإدانة وإنما قبضه على أن يكون أمينا فيه كصاحب الدين.

(**فصل الجامع**): ادعى على آخر ألفًا فأنكر فصالحه على خمسمائة فأعطى به رهنًا وهلك الرهن ثم اتفقا أن لا دين ضمن المرتهن خمسمائة؛ لأنه أخذ الرهن بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل أن القاضي بعد الصلح قبل التصادق أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على المرتهن؛ لأن الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع أن الدين غير ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهرا أولى أن يكون مضمونا؛ لأن الرهن تمليك في حق ملك اليد والحبس بإزاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض بتمليكه مجانا بل رهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بإزائه، ولو كانت الدعوى في وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة وأخذ بها رهنًا فهلك ثم تصادقا أنه ردها فالرهن غير مضمون عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: هي كالمسألة الأولى، ولو ادعى صاحب الوديعة استهلاكا ولم يدع المودع شيئًا حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك كان الرهن مضمونا بلا خلاف.

وذكر محمد رجوع أبي يوسف عن هذا القول إلى قول محمد رحمهما الله وهو الصحيح وهذا بناء على أن هذا الصلح لا يجوز في قوله أولا وفي قوله الآخر يجوز وهو قول محمد، وجه قوله الأول: أن البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع رددت الوديعة؛ لأنه أمين مصدق في الرد ونفى الضمان عن نفسه، ألا ترى أن المودع لو مات قبل الصلح لم يؤخذ من تركته شيء كما لو صدقه صاحب الوديعة ومتى تثبت البراءة بقول المودع كان الصلح باطلا، وجه قوله الآخر وهو أن البراءة إنما تثبت بقول المودع مع يمينه فقبل اليمين البراءة غير ثابتة والمودع بهذا الصلح يفتدي عن اليمين والمودع يأخذ بدل ماله؛ لأن عنده أن عليه الضمان ما لم يحلف فالصلح وقع عن دين ثابت ظاهرًا في حقه فيجوز كما جاز الصلح على الإنكار، وإذا مات قبل الصلح إنما لا يؤخذ من تركته؛ لأن الضمان ليس بثابت في زعمه كما لا يؤخذ في حال حياته وفي دعوى الاستهلاك الصلح وقع جائزا بلا خلاف؛ لأن البراءة إنما تقع للأمين بدعوى الهلاك أو الرد لا قبله، ألا ترى أنه لو مات المودع قبل دعوى الهلاك أو الرد، فإنه يؤخذ الضمان من تركته فكان الدين ثابتا عليه ظاهرًا حتى إذا اختصما إلى القاضي فالقاضي يجبره على إيفاء بدل الصلح فجاز الصلح.

(باب وضع الرهن على يدي عدل)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في وضع الرهن على يدي عدل.

والثاني: في تسليط العدل على البيع.

والثالث: في تصرف العدل في الرهن.

والرابع: في اختلاف العدل والراهن والمرتهن.

والخامس: في ردتهما وجنونهما.

(فصل)

ولو شرطا في الرهن أن يضعاه على يدي عدل وقبضه جاز خلافًا

لابن أبي ليلى؛ لأن قبض العدل بمنزلة قبض المرتهن في حق الذهاب بالدين؛ لأن العدل ثابت عن الراهن في الحفظ له؛ لأنه أمره بالقبض للحفظ عليه وثابت عن المرتهن في حق الحبس؛ لأنه أمره بالقبض لحبسه فصار العدل نائبًا عنهما وليس في جعله نائبا عنهما تغيير موجب العقد؛ لأن اليد في باب الرهن يد أمانة في حق ملك الرقبة، فإن رقبة العين بقي على ملك الراهن حالا ومآلا وفي حق ملك اليد يد استيفاء وضمان فينزل العدل منزلة المرتهن في حق ملك اليد والحبس ومنزلة الراهن في حق حفظ ملكه ويجوز أن تكون اليد الواحدة في حكم اليدين والشخص الواحد ينزل منزلة شخصين كمن عجل زكاة ماله إلى الساعي قبل الحول فيد الساعي يد صاحب المال حتى لو انتقص النصاب أو هلك قبل حولان الحول للمالك استرداد المدفوع إليه إذا كان قائمًا ويده يد الفقير حتى لو هلكت الزكاة في يد الساعي يقع المؤدى موقع الزكاة فكذلك يد العدل بخلاف ما إذا وضعا المبيع على يدي عدل فالعدل نائب عن البائع لا غير؛ لأن يد البائع على المبيع يد نفسه في حق المالية والعين جميعًا وليس بنائب عن المشتري في حفظه ولا في ملك العين فكذلك يد العدل، فأما يد المرتهن يد الراهن في ملك العين وفي ملك اليد والحبس يد نفسه فكذلك يد العدل، وكذلك لو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدي عدل؛ لأنه لما جاز العدل؛ أن يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء.

ولو دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن يضمن؛ لأنه لما دفع إلى المرتهن فقد دفع الأمانة إلى ملكه بغير إذنه كما لو دفع إلى أجنبي ومتى دفع إلى الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن، فإنه ثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل وإبطال ملك اليد كإبطال ملك العين في إيجاب الضمان، فإن من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن، وإن قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهنًا في يدي العدل ثم قضى الراهن دين المرتهن فأراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر إن كان العدل ضمن يدفع الرهن إلى الراهن ليس له ذلك؛ لأنه وصل إليه عين الرهن فلا يمكنه أخذ القيمة ولا للمرتهن أخذ ذلك؛ لأنه وصل إليه

حقه فتبقى القيمة للعدل، وإن كان ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن فللراهن أخذ القيمة منه؛ لأنه لو كان الرهن في يده قائمًا بعينه بعد قضاء الدين فللراهن أخذه فكذلك أخذ بدله. ثم العدل هل يرجع بالقيمة على المرتهن ينظر إن كان دفع الرهن إليه على وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع إليه إن كان هلك الرهن في يد المرتهن؛ لأن العدل لما ضمن القيمة فقد ملك الرهن بالضمان فصار معتبرا ومودعا ملكه، فإن دفع إليه رهنًا بأن قال هذا رهنك خذه فاحبسه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك في يده؛ لأنه ملكه بأداء الضمان وقد دفع إلى المرتهن بجهة مضمونة وهي الرهن فصار كما لو دفعه إليه على سوم القرض أو البيع وهذه التفريعات ذكرها الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله.

ولو كان العدل رجلين والرهن مالًا يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا؛ لأن اجتماعهما على حفظ جميع الرهن في الأوقات كلها بالقسمة متعذر فلم يبق إمكان الحفظ إلا بالتهاني ومطلق الأمر بالحفظ ينصرف إلى حفظ يمكن بدلالة حالة الأمر وذلك بالتهاني والثابت دلالة كالثابت نصًا فحصل الدفع إلى أحدهما بإذن المالك فلم يضمنا وإن كان مما لا يقسم لا يضمن القابض بالإجماع ويضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله على ما عرف في الوديعة.

(فصل)

ولو وضعا الرهن على يدي عدل وشرطا في الرهن أن يبيعه العدل جاز وللعدل أن يبيعه ويوفي المرتهن؛ لأن التسليط على البيع بدون عقد الرهن جائز فكذلك بيع الرهن وليس للراهن عزله لأنهما إذا شرطا البيع في الرهن صار من حقوقه وتتماته، فإن المقصود به وهو الاستيفاء يتم به فيكون ملحقا بالرهن في حق اللزوم فكما لا يملك إبطال الرهن لا يملك إبطال الوكالة المتضمنة فيه.

ولو مات الراهن والمرتهن أو أحدهما فالعدل على حاله في إمساك الرهن وبيعه خلافا للشافعي؛ لأن الوكالة صارت من حقوق الرهن والرهن لا يبطل بالموت فكذلك الوكالة وإن شرطا البيع بعد الرهن.

ذكر الكرخي في مختصره: للراهن أن يعزله وينعزل بموته؛ لأن التوكيل بالبيع وقع مفردا عن الرهن وإنما جعلناها في توابع الرهن لكونها مشروطة فيه، فإذا لم يشترط في الرهن اعتبرت وكالة مبتدأ.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن المشروط بعد الرهن التحق بالعقد؛ لأن اشتراط البيع حتى يوفي دينه من ثمنه زيادة إيفاء وتأكيد شرط في الرهن؛ لأنه ثبت بالرهن إيفاء حكمي وباشتراط البيع فيه ثبت إيفاء حقيقي وكان اشتراط زيادة إيفاء، والزيادة في المعقود عليه تلتحق بأصل العقد فصار كالمشروط فيه ابتداء كالزيادة في الثمن.

ولو مات العدل بطلت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله؛ لأن الراهن رضي ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه ونائبه فبطلت الوكالة ضرورة والرهن لا يبطل؛ لأن العدل نائب عن الراهن والمرتهن في الحفظ والإمساك والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى.

ولو أجمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر وقد مات الأول أو على يدي المرتهن جاز؛ لأن الحق لهما، فإن اختلفا وضعه القاضي على يدي عدل، وإن شاء على يدي المرتهن؛ لأنه ليس للراهن والمرتهن حق في الإمساك والحفظ فينصب القاضي عدلًا آخر يمسكه ويحفظه نائبا عنهما؛ لأن القاضي نُصب لإيفاء حقوق الناس، وإذا علم القاضي أن المرتهن مثل العدل في العدالة يضعه على يديه.

وإن كره الراهن؛ لأنه لما كان له ولاية الوضع على يدي عدل آخر مع إباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدي المرتهن، فأما إذا أراد أن يضعه على يدي الراهن ذكر في بعض الروايات ليس له ذلك؛ لأنه لا يفيد؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بإمساك الرهن عنه فيتسارع إلى قضاء دينه وهذا لا يحصل متى كان الرهن في يده فيكون الوضع في يده اشتغالا بما لا يفيد، وذكر في بعض الروايات له ذلك؛ لأن الضجر لم يفت من كل وجه؛ لأن العين إن كان في يده لكن بقي ممنوعا عن الانتفاع به والحجر عن الانتفاع مما يضجره وبإزاء ما فات

من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو أنه متى هلك في يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو أعار منه وهلك في يده، وكذلك لو جعلاه في يدي عدل وسلطا رجلا آخر على بيعه وتسليم الثمن إلى المرتهن أو سلط المرتهن على البيع جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا.

ولو عزلا العدل وسلطا غيره أو لم يسلطا جاز لأنهما لو اتفقا على فسخ الرهن فكذا ما شرط فيه من التسليط على البيع المرتهن قبضه وجعل الراهن مسلطا على بيعه جاز؛ لأن الراهن أوجب حكمه وهو الحبس دائما حين قبضه المرتهن، فإذا فات القبض والحبس بعد ذلك ويتصور عوده في كل زمان؛ لأن للمرتهن حق استرداده لا يبطل عقد الرهن؛ لأن فوات حكم العقد على وجه يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعار من الراهن وهذا إذا اشترطا بعد الرهن.

فأما إذا شرطا في الرهن أن يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن، فإن قبضه المرتهن؛ لأنه شرط في الرهن أن يكون الرهن عنده ساعة ثم يكون في يد الراهن فلا يجوز، كما لو قال يوما نعم ويوما لا. ارتهن دارا وسلط الراهن رجلا على بيعها وإيفاء الثمن ولم يقبضها المرتهن لم يكن لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه، وبيع العدل إياها جائز بالوكالة والثمن يدفع إلى الراهن، فإذا دفعه إلى المرتهن لم يضمن وينعزل العدل بموت الراهن والمرتهن أسوة الغرماء؛ لأن الرهن لم يصح فلم يتعلق في حق المرتهن بالثمن إلا أنه أمره بالبيع وبقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين إن شاء دفع إلى الآمر، وإن شاء دفع إلى الغريم ويكون هذا وكيلا محضًا حتى لا يجبر العدل على البيع وينعزل بموت الآمر؛ لأنه شرط البيع في رهن غير لازم فلا يكون البيع لازما.

ولو قيل: العبد المرهون عبد العدل المسلط على بيعه أو فقأ عينه عبد فدفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الأول؛ لأن العبد المدفوع صار رهنًا؛ لأن حق المرتهن كان ثابتا في الأول والبدل قائم مقام الأول فتثبت ولايته في الثاني حسب ثبوت ولايته في الأول بخلاف الوكيل المفرد؛ لأنه ما ثبت له حق بيع الأصل حتى يسري إلى بدله.

ولو كان العدل عبدًا محجورًا أو غير محجورٍ أو صبيًّا عاقلًا مأذونًا أو غير مأذون جاز ولا تلزمهما العهدة إلا بإذن المولى أو الولي لأنهما لا يؤخذان بضمان الأقوال إلا بإذن الولي.

(فصل)

ولو أبى العدل البيع وقد سلط عليه يجبره القاضي على بيعه؛ لأن الوكالة صارت حقا للمرتهن ليصل إلى حقه من استيفاء الدين؛ لأن إيفاء الدين من الرهن صار مستحقا على الراهن يجبر على إيفائه، فإنه لو أراد استرداد الرهن حتى يبطل الإيفاء منع من ذلك فكذلك العدل لما قام مقامه في الإيفاء يجب عليه الإيفاء من ثمنه، والبيع وسيلة إليه وما كان وسيلة إلى إيفاء الواجب فهو واجب ومن امتنع عن إيفاء حق واجب عليه يجبر عليه، وصار كما لو وكل الراهن رجلا بالخصومة وغاب فأبى الوكيل أن يخاصم يجبر عليه فكذا هذا، هذا إذا كان البيع مشروطا في الرهن فإن شرطا بعد الرهن فيأبى البيع هل يجبر عليه قيل لا يجبر؛ لأن التوكيل حصل بما لا يجبر الموكل على إيفائه؛ لأن التوكيل حصل ابتداء لا ضمنًا لعقد الرهن فكذلك وكيله وقيل يجبر وهو الصحيح.

وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن التوكيل حصل بحق يجبر الموكل على إيفائه؛ لأن إيفاء الدين من ثمن المرهون مستحق على الراهن بعقد الرهن بحيث يجبر على إيفائه فكذلك وكيله؛ لأنه قائم مقامه في الإيفاء والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع في **أربعة أشياء:**

أحدها: أن العدل يبيع ولد الأمة المرهونة والوكيل المفرد لا يبيع ولد الأمة الموكلة ببيعها.

والثاني: العدل يجبر على البيع متى أبى بخلاف الوكيل المفرد.

والثالث: أنه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد.

والرابع: العدل يملك المصارفة بالثمن متى كان خلاف حبس الدين بخلاف الوكيل المفرد باع العدل بدنانير والحق دراهم أو طعام كان له أن يصرفه ويقبض

ويوفيه المرتهن؛ لأنه مأمور بالبيع وبقضاء الدين من الثمن ولا يمكنه قضاء الدين من الثمن متى كان الثمن من خلاف جنس الدين إلا بالمصارفة والمأمور بالشيء مأمور به وبما لا يتوصل إليه إلا به، كما لو قال اقض ديني من داري كان مأمورا ببيع الدار؛ لأنه لا يتوصل إلى القضاء إلا بالبيع بخلاف الوكيل المفرد بالبيع لا يكون له مصارفة الثمن بغيره؛ لأنه مأمور بالبيع وحده، فإذا باع فقد انتهى الأمر نهايته.

ولو سافر العدل فذهب المرتهن معه لم يضمن فكذلك المرتهن نفسه؛ لأنه أمانة في يده، والأمين إذا سافر بالأمانة لا يضمن لما عرف رد بالعيب على العدل ببينة أو بالنكول يضمن الثمن ويرجع على المرتهن إن قضاه؛ لأن الرد بالبينة أو بالنكول فسخ في حق الكل ومتى انفسخ البيع بالرد عاد العين المبيع رهنًا فلا يبقى حق المرتهن في بدله وهو الثمن كما في الوكيل المفرد.

ولو أقر به لا يلزم المرتهن والراهن إلا بالتصديق كما لو ردّ عليه بغير قضاء؛ لأنه إذا لم يصدقه المرتهن والراهن لم يثبت الرد في حقهما كما في الوكيل المفرد وكّل العدل ببيع الرهن وكيلا فباعه جاز إن كان حاضرًا، وإن كان غائبا لم يجز إلا أن يجبره بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر في كتاب الوكالة.

وكذلك لو وقّت العدل للوكيل ثمنا جاز فهذه من خواص هذا الكتاب قيل هو على التفصيل الذي ذكرنا وقيل فيه روايتان: في رواية الوكالة أنه لا يجوز إلا أن يبيع بحضرته أو بإجازته، وفي رواية الكتاب يجوز مطلقًا؛ لأن هذا بيع حضره رأي الأول؛ لأن الرأي إنما يحتاج إليه من الأول لتقدير الثمن؛ لأن ثمن الشيء لا يعرف إلا بالرأي، فإذا وقّت الأول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضره رأي الأول، وإن لم ينعقد بعبارته والشرط أن يكون برأيه لا بعبارته ونطقه فصار كما لو باع بحضرته، وجه رواية الوكالة: أن هذا بيع لم يحضره بيع الأول؛ لأن رأي الأول بالثمن الذي قدر معلق بعدم زيادة رغبة المشتري في البيع وبعدم زيادة رواج السلعة؛ لأن الأول متى علم المشتري زيادة رغبة أو زيادة رواج السلعة، فإنه لا يبيع بما قدر له من الثمن بل يزيد، وعدم الرغبة من المشتري في الشراء محتمل فلا يثبت رأي الأول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز، فإن الثاني إنما يصير مؤتمنا

حال غيبة الأول ضرورة صحة الإجازة، فإنه لا بد من الحكم بصحة الإجازة إذا حصلت الإجازة ممن يملك الإنشاء وائتمان الأجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع إذا دفع الوديعة إلى الأجنبي حالة الغرق أو الحرق جاز وفي غيرها لا وهاهنا لو صار الثاني مؤتمنا قائمًا يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة إلى الحكم لصحة التوكيل؛ لأنه ليس إنشاء عقد ولا إجازة وائتمان الأجنبي من غير ضرورة لا تجوز فكانت هذه الرواية أصح. باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل جاز، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما؛ لأن الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الإجازة، فإذا أجاز أجاز وكان ذلك إخراجًا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع ولهما ذلك الرهن. أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع في ثمنه؛ لأن الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به في مال تعلق به حق غيره، وإن أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيء من الرهن؛ لأن هلاك الزيادة من الرهن لا يسقط شيئًا من الدين ويكون ذلك محسوبا على الراهن ولأنه لم يستحق شيئًا من العين، فإن لصاحب الأرض أن يعطي العشر والخراج من مال آخر فلم يصر شيء من العين مستحقا إلا إذا أخذه السلطان منه بغير حق، فإنه يسقط من الدين بقدره؛ لأنه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده، هلك الثمن عند العدل ثم رد عليه المبيع بعيب فمات عنده أو استحق أو هو باقٍ في يده وأخذه بالثمن حتى أداه يرجع على الراهن في ذلك كله لا على المرتهن؛ لأنه وكيل الراهن لا وكيل المرتهن ولم يقبض المرتهن منه شيئًا لا حقيقة ولا حكما؛ لأنه بهلاك الثمن لم يصر مستوفيا المدين لما عاد العبد رهنًا وقد لحقه ضمان بسبب البيع فكان قرار الضمان على الموكل وهل يرجع المرتهن بدينه على الراهن ففي الاستحقاق لا يرجع؛ لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح الرهن وفي الرد بالعيب يرجع إن كان العبد قائمًا، وإن كان هالكا فلا يرجع؛ لأن العبد بالرد عاد رهنًا كما كان، فإذا هلك يصير مستوفيا بدينه، وإن كان قائمًا لم يصر مستوفيًا.

ولو كان الراهن مفلسًا والرهن في يد العدل يبيعه ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن؛ لأن حقهما يعلق بالعبد في وقت واحد؛ لأن حق المرتهن فيما يحول من العبد إلى ثمنه بالبيع فإنما يتعلق بالعبد ثانيًا بعد الرد وحق العدل تعلق إما بالعبد في هذا الوقت فقد استوى الحقان في وقت التعلق يرجح دين العدل؛ لأنه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن لم يجب بسبب دين هذا العدل فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق وصار كما لو دفع العدل الثمن إلى المرتهن ثم رد عليه بالعيب يسترد الثمن منه فكذا هذا. باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المفرد.

(فصل)

قال العدل: بعت وقبضت الثمن وهلك صدّق وكان من مال المرتهن؛ لأنه أمين ادعى هلاك الأمانة عنده فيصدّق كالوكيل بالبيع المفرد وهلاك الثمن في يد العدل كهلاكه في يد المرتهن؛ لأن يده كيد المرتهن.

ولو أقر العدل أنه باع العبد وقبض الثمن وسلم إلى المرتهن فأنكر المرتهن فالقول قول العدل وبطل دين المرتهن؛ لأن العدل أمين فيما في يده وقول الأمين مقبول في براءة نفسه وإنما لا تقبل في إيجاب الضمان على الغير، فإذا لم يعلم يجعل كأن الثمن هلك في يده فيسقط الدين قال العدل بعته بمائة درهم وأعطيتك والدين مائة، وقال المرتهن: بعته بخمسين وأعطيتها فالقول للمرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن يبطل ببيع العدل، فإنه يصير ملكا للمشتري ويتحول ضمان الرهن إلى الثمن فقد تصادقا على سقوط ضمان الرهن لما اتفقوا على البيع وحدوث ضمان آخر وهو ضمان الثمن فالعدل والراهن يدعيان زيادة ضمان حادث وأنكره المرتهن فيكون القول له؛ لأنه متمسك بما هو الثابت في الأصيل. باع العدل فقال بعت بتسعين والدين مائة وأقر به المرتهن وأقر الراهن بالبيع وادعى أكثر من تسعين فالقول للعدل والبينة للراهن، وإن لم يقر الراهن بالبيع وقال: هلك في يد العدل فالقول للراهن إن كانت قيمته مثل الدين والبينة للعدل ويسقط جميع دين المرتهن؛ لأن الراهن متى أنكر البيع فقد أنكر سقوط ضمان الرهن وضمان الرهن كان ثابتا

فقد تمسك بما هو الثابت في الأصل بخلاف ما إذا أقر بالبيع لما بينا. أقروا بالبيع واختلفوا في الثمن ادعى الراهن مائة والعدل تسعين والمرتهن ثمانين فالقول للمرتهن؛ لأنهم اتفقوا على أن ضمان الرهن تحول من العدل إلى الثمن إلا أن الراهن مع العدل يدعيان عليه قبض زيادة مال وهو ينكر فيكون القول له.

(فصل)

ارتد العدل ثم باع الرهن ثم قتل على ردته فبيعه جائز أما عندهما فلأن تصرفات المرتد نافذة، وعند أبي حنيفة تصرفاته لنفسه موقوفة، فأما تصرفاته لغيره نافذة؛ لأن تصرفاته لغيره تبنى على الآمر والأمر من الآمر صحيح، فأما تصرفاته تبنى على ملكه وأملاكه موقوفة لما عرف ولا يلزمه العهدة؛ لأن في لزوم العهدة ضررًا ماليًّا وبالردة صار محجورا عن التصرفات عنده فصار كالعبد المحجور والصبي المحجور ولو لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فهو على وكالته قيل هذا إذا عاد قبل القضاء بلحوقه أما بعده فعند أبي يوسف لا يعود وكيلا، وعند محمد يعود وقيل بالاتفاق يعود وكيلا، وهو الأصح؛ لأن هذه الوكالة مشروطة في الرهن فيكون تبعا للرهن لازما بلزومه والرهن لا يبطل بالردة وبلحوقه بدار الحرب فكذلك الوكالة المشروطة؛ لأن في إبقائها فائدة؛ لأنه يتوهم عوده إلى دار الإسلام فلم يقع الناس عن بيعه بخلاف الوكالة المفردة؛ لأنها غير لازمة فتبطل بلحوقه بدار الحرب مرتدا.

جن العدل ثم أفاق فهو على وكالته فلا ينعزل بجنونه؛ لأن الوكالة لا تبطل بالجنون؛ لأن في إبقاء الوكالة فائدة؛ لأن الجنون قد يزول فلا يقع الناس عن بيعه فتبقى الوكالة كما في الردة ولحوقه بدار الحرب حتى لو كان جنونا لا يرجى إفاقته تبطل الوكالة؛ لأنه وقع الناس عن بيعه فكان هذا بمنزلة الموت.

العدل غير عاقل فوضع على يديه لم يكن رهنًا؛ لأنه لا يصح منه البيع والإيفاء والاستيفاء والرهن والارتهان فعري هذا العقد عن الفائدة فلغي.

العدل ذمي أو مستأمن جاز؛ لأنه يصح منه البيع والإبقاء والاستيفاء والرهن

والارتهان، فإن لحق الحربي بالدار ليس له أن يبيع هناك؛ لأن الوكالة مما تتقيد بالزمان والمكان بدلالة حالة الموكل كالتوكيل بشراء الفحم والحمل ودلالة حالة الموكل هنا أنه إنما يأتمن غيره على ماله ما دام لا يستحل ماله أو كان من أهل داره، فأما إذا كان يستحل ماله لا يأتمنه ويستحل الحربي مال موكله متى دخل دار الحرب لارتفاع الأمان ولا يستحل ما دام في دار الإسلام فتقيدت هذه الوكالة بحالة الأمان.

فإن عاد إلى دار الإسلام هل يعود وكيلا قيل عند محمد يعود وكيلا، وعند أبي يوسف لا يعود وكيلا كما إذا ارتد الوكيل ولحق ثم عاد قيل لا يعود وكيلا بالإجماع فمحمد يحتاج إلى الفرق بين هذه. ومسألة المرتد والفرق له أن في الحربي الوكالة توقيت بدار الإسلام بدلالة ظاهرة؛ لأن الظاهر من حال المستأمن أنه يدخل دار الحرب؛ لأن كل ذي دين لا يترك داره وبعد دخوله دار الحرب يستحل مال المسلم، فأما الردة من المسلم وبعد الردة لحوقه بدار الحرب ليس بأمر ظاهر بل هو موهوم بل الظاهر منه أن لا يترك داره فلا يتقيد الوكالة المطلقة بدلالة متوهمة محتملة الراجع إلى دار الحرب هو الراهن أو المرتهن والعدل في دارنا له أن يبيع؛ لأن هذه الوكالة لا تبطل بموتهما فكذا لا تبطل بلحاقهما.

(المنتقى): رهن متاعًا قيمته مائتان بمائة وسلطه على بيعه فباعه بمائتين وقبض مائة فما قبضه هو بينه وبين الراهن نصفان في قول زفر؛ لأن حقهما متعلق بالمرهون على السواء للمرتهن بنصفه استيفاء وللراهن بنصفه ملكا فكذلك ببدله.

وقال أبو يوسف: بيد المرتهن فيستوفي حقه ثم يرد الفضل على الراهن؛ لأنه لما سلطه على بيعه فقد أمره باستيفاء دينه من ثمنه وهو أمين في قبض ثمنه فصار، كما لو كان له وديعة عند إنسان وله دين على المودع فأمره بقبض حقه من الوديعة هكذا فكذا هذا.

(باب نفقة الرهن)

(المبسوط): نفقة الرهن على وجهين وكل نفقة ومؤنة كانت لمصلحة الرهن

وتنقيته كعلف الحيوان ونفقته وكسوته وأجرة الراعي وأجرة الظئر لولد الأمة المرهونة وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصلحته فعلى الراهن وكذا الجراح عليه، وأما العشر ففي الغلة والزرع يأخذه السلطان والباقي رهن عنده، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فات بسبب حادث فعلى المرتهن كأجرة المسكن وأجرة الحافظ ومأوى البقر والغنم وجعل الآبق؛ لأن كله ملك الراهن وعظم منافعه له فعليه كفايته ومؤنته استيفاء لملكه، فأما حفظه ورده على المرتهن فيكون مؤنته عليه فأما ثمن الدواء وأجرة الطبيب فعلى المرتهن قبل هذا إذا كانت الجراحة والمرض حدث عنده، وإن كان حادثا عند الراهن فعليه؛ لأن الدواء لدفع الحادث فيجب على من حصل الحادث عنده، فأما النفقة لإحداث قوة يتمكن به من العمل لا لدفع الحادث، فإن حدوث القوة بالأكل من غير جوع متلف متحقق وقيل يجب على المرتهن في الحالين وهو الأظهر، فإن محمدا لم يفصل؛ لأن الدواء موضوع لدفع سبب الهلاك أو لمنع سبب الهلاك فيجب على من كان الهلاك عليه والهلاك على المرتهن فيجب عليه دفع سببه، فأما النفقة في الأصل غير موضوعة لدفع سبب الهلاك وإنما وضعت لإحداث قوة يتمكن به من العمل، ولهذا يتحقق حدوث القوة من غير دفع الهلاك، فإن الأكل متى حصل قبل جوع مفرط متلف حصل به زيادة قوة، وإذا كانت النفقة موضوعة لإحداث زيادة قوة فتجب على من تحصل له المنفعة وعظم المنافع للراهن لما بينا، ألا ترى أن نفقة الزوجة تجب على الزوج وثمن الدواء يجب عليها؛ لأن منفعتها للزوج وهلاكها عليها وكذا نفقة المضارب بعدما سافر في مال المضاربة؛ لأن عظم منفعته للمضاربة وثمن الدواء يجب عليه؛ لأن الهلاك عليه وهذا كله إذا كان قيمة الرهن والدين سواء، فإن كان قيمة الرهن أكبر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الأمانة؛ لأنه في قدر الأمانة بمنزلة المودع فيكون على المالك وكفن المرهون على الراهن؛ لأن عليه كسوته حال حياته فعليه تكفينه بعد مماته كتكفين المرأة على الزوج ونفقة المبيع على البائع في زمان الحبس؛ لأن وجوب النفقة تعتمد المنفعة ولم يحصل للمشتري منفعة بنفس البيع قبل القبض وبقي للبائع نوع منفعته، فإنه محبوس بحقه

وإنه في قبضته فكان إيجاب النفقة عليه أولى من إيجابه على المشتري ونفقة المرتهن والراهن غائب تطوع، إلا إذا أمره القاضي وجعله دينا على الراهن؛ لأنه غير مضطر فيه ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه؛ لأنه يمكنه إجباء حقه من جهة القاضي بأن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالإنفاق ولا يصدق المرتهن على النفقة إلا ببينة، فإن لم تكن له بينة يحلف الراهن على علمه؛ لأنه ادعى عليه دينا وهو ينكر والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم.

(باب الزيادة في الرهن)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جواز الزيادة.

والثاني: في حكمها.

(فصل)

وتجوز الزيادة في الرهن استحسانًا خلافًا لزفر كالزيادة في المبيع جائزة خلافًا له وقد مرت في البيوع والزيادة في دين المرتهن لا تكون زيادة عندهما.

وقال أبو يوسف: تكون زيادة وهو أن يجب للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهنًا بهما لأبي يوسف رحمه الله أنه ليس تجب هذه الزيادة إلا أن يصير بعض الرهن رهنًا بزيادة دين حادث مع بقاء القبض في الأصل وكان هذا تصرفًا في الرهن لا في الدين ولهما ولاية التصرف في الرهن فيكون مشروعا تصحيحا لتصرفهما كما لو رهن عبدين من رجل بألف ثم قتل أحدهما صاحبه، فإن بعض القاتل يصير رهنًا بدين المقتول حكمًا فلما جاز أن يثبت مقبل هذا حكما بغير صنعهما جاز أن يثبت بصنعهما حكمًا كما أن الرهن يصرف في الرهن لا في الدين؛ لأن حكمه وهو ثبوت ملك اليد والحبس واستيفاء الدين يظهر في العين المرهونة لا في الدين فكان المرهون أصلا في العقد لكونه محلا لحكمه والدين تبع له فتصح الزيادة في الرهن أصلا وفي الدين تبعًا له.

ولو صحت الزيادة في الدين قصدًا يصير زيادة في الرهن تبعًا فينقلب التبع متبوعا والمتبوع تبعا وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل بخلاف سائر العقود؛ لأن كل بدل أصل في حق حكم التصرف وهو التمليك والتملك فصحت الزيادة فيهما رهنه عبدا قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن خمسمائة على أن زاده الراهن أمة رهنًا بالدين كله فالأمة نصفها رهن مع العبد بخمسمائة عندهما، وقال أبو يوسف هما رهن بالألف كلها؛ لأن عندهما الزيادة في الرهن جائزة والزيادة في الدين باطلة فلم يصر العبد رهنًا بالخمسمائة الزائدة ولما صحت الزيادة في الرهن صار نصف الأمة مع العبد رهنًا بالألف كلها. رهنه عبدًا قيمته خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاده أمة قيمتها ألف بالألف كلها فولدت ولدًا قيمته خمسمائة ثم مات العبد والأمة بقي الولد بسدس الخمسمائة التي بها كان العبد رهنًا وبثلث الخمسمائة الأخرى؛ لأن نصف الأمة صار رهنًا مع العبد بالخمسمائة الأولى؛ لأن قيمة نصفها خمسمائة ونصفها صار رهنًا بجميع الخمسمائة الأخرى فصار بإزاء الأمة من الخمسمائة الأولى مائتان وخمسون وبإزاء الخمسمائة الأخرى فقد اجتمع في الأمة من الدين سبعمائة وخمسين فانقسم عليها وعلى ولدها أثلاثا؛ لأن قيمتها ألف وقيمة ولدها بخمسمائة فصار بإزاء الولد مائتان وخمسون ثلثها من الخمسمائة الأولى وذلك ثلاثة وثمانون وثلث وهو سدس الخمسمائة الأولى وثلثاهما من الخمسمائة الأخرى وذلك مائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلث الخمسمائة الأخرى الدين ألف. رهنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ثم رهنه بالألف كلها أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة وكذا قيمته مثل قيمة الأم فالأولى وولدها ونصف الثانية ونصف ولدها رهن بخمسمائة؛ لأن الأمة الزائدة صار نصفها رهنًا مع الأمة القديمة بالخمسمائة الأولى ونصفها بالخمسمائة الباقية فصارت الخمسمائة الأولى منقسمة عليهما أخماسا؛ لأن قيمة الأمة القديمة ألف وقيمة الأمة الزائدة الحديثة مائتان وخمسمائة فجعلنا كل مائة وخمسين سهما فنصيب الأمة القديمة أربعة أخماسها وذلك أربعمائة ونصيب الأمة الزائدة خمسها وذلك مائة وصار نصف الأمة الزائدة رهنًا بالخمسمائة الباقية فتكون محبوسة

بالخمسمائة الباقية مضمونة بمائتين وخمسين؛ لأن الرهن محبوس بجميع الدين مضمون بقيمته فما أصاب كل واحدة منهما انقسم بينها وبين ولدها نصفان فقد ظهر بهذا واتضح أن الأمة القديمة وولدها ونصف الأمة الزائدة ونصف ولدها رهن بالخمسمائة الأولى ونصف الأمة الزائدة ونصف ولدها رهن بالخمسمائة الباقية مضمون ثمانين وخمسين، فإن ماتت الأمة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الأولى وبقي نصف ولدها رهنًا بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية ولكنه مضمون بربعها وبخمسين من الخمسمائة الأولى. لرجل على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمانمائة رهنًا فالمال كله فولدت كل واحدة ابنًا قيمته مثل قيمة أمة ثم ماتت الأولى ذهب من الخمسمائة الأولى السدس؛ لأن الأمة الزائدة صار نصفها بإزاء الخمسمائة الأولى ونصفها بإزاء الخمسمائة الباقية فقد صار بإزاء الخمسمائة الأولى أمة تساوي مائتين ونصف أمة تساوي أربعمائة فيقسم الخمسمائة الأولى عليهما أثلاثًا على قدر قيمتهما ثلثها بإزاء الأمة القديمة وثلثاها بإزاء الأمة الزائدة وصار الخمسمائة الباقية بإزاء نصف الأمة الزائدة فانقسم بإزاء كل واحدة بينها وبين ولدها نصفان وبإزاء الأمة القديمة ثلث الخمسمائة الأولى فانقسم بينها وبين ولدها نصفان فيبقى بإزائها سدس الخمسمائة الأولى فيذهب ذلك بذهابها.

ولو لم تمت الأولى وماتت الأخيرة ذهب من الخمسمائة الأولى ثلثها ومن الخمسمائة الأخرى خمساها؛ لأن بإزاء نصف الأمة الزائدة ثلثا الخمسمائة الأولى فانقسم بينها وبين ولدها فبقي بإزائها ثلث الخمسمائة الأولى ونصف الأمة الزائدة صار محبوسا بجميع الخمسمائة الباقية مضمونة بأربعمائة؛ لأن قيمة نصفها أربعمائة فلا يجوز أن تصير مضمونة بأكثر من قيمة نصفها وانقسم أربعمائة بينها وبين ولدها نصفان فصار بإزائها خمس الخمسمائة الباقية.

(فصل)

والزيادة في الرهن حكمها حكم الأصل محبوسة ومضمونة كالأصل؛ لأنها

تلتحق بأصل العقد وصارت كالموجودة لدى العقد كما في زوائد المبيع ويقسم الدين على قيمة الأصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، فإن كانت قيمة الأصل وقيمة الزيادة يوم قبض خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثا؛ لأن الضمان إنما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض، فإن يقض الرهن في يده ثم زاد رهنًا آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وقيمة الزيادة يوم قبض.

مثاله: إذا رهن عبدا يساوي ألفًا بألف فاعور ثم زاده عبدًا آخر يساوي ألفا فقد ذهب بالعور نصف الدين فيقسم النصف الباقي على قيمة العبد الأعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثا ثلثه بإزاء العبد القديم وثلثاه بإزاء العبد الزائد بخلاف ما إذا ولدت الأمة المرهونة بعدما اعورّت ولدًا يساوي ألفًا، فإنه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، ثم ما أصاب الأم سقط نصفه بالاعورار فتبقى الأم والولد ثلاثة أرباع الدين، والفرق أن ثمة الولد يتفرع عنها فيسري إليه حكم الأصل تبعا كان الولد متصلًا بها فيعتبر في القيمة قيمة الأم يوم القبض؛ لأن التحكيم في الزيادة تثبت أصلا لا بطريق السراية والتبعيَّة فيعتبر في القسمة فكذا الباقي من الدين وقت الزيادة.

وكذا لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة ثم زاد في الرهن عبدا قيمته ألف فيقسم الخمسمائة الباقية على نصف قيمة الأم وهو خمسمائة وعلى قيمة الزيادة وهي ألف فتكون الزيادة رهنًا بثلثي خمسمائة في النصف الباقي من العبد الغريم، وإن مات الأصيل مات بستمائة وستة وستين وثلثين من ذلك خمسمائة كان قضاها الراهن وبقي مضمونا بثلث الخمسمائة الباقية.

(المنتقى): رجل رهن عند رجل دارا بعشرة دراهم ثم زاده الراهن دينًا آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم على أن يكون الديناران رهنًا بالخمسة عشر.

قال أبو يوسف رحمه الله: الديناران رهنًا بالخمسة عشر لأنهما جعلاهما كذلك.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الدينار الأول وثلثا الدينار الثاني يكون رهنًا بالعشرة الأولى ويكون ثلث الدينار الثاني رهنًا يضاف الخمسة ويكون نصفه الباقي دينا عليه بلا رهن؛ لأن عنده الزيادة في دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة في الدين ابتداء

إيجاب للدين فلا يكون الدينار الأول رهنًا بالخمسة الزائدة ويكون قد جعلا الدينار الزائد رهنًا بالعشرة الأولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الباقي رهنًا بالعشرة الأولى وثلثه صار إنشاءً بهنّ في نصف الخمسة الزائدة لأنهما جعلا بإزاء الخمسة الزائدة ثلث الدينار الأول وثلث الدينار الثاني ولم يصح رهن ثلث الدينار الأول بها وصح ثلث الدينار الثاني بها فصح الرهن في نصفها وبطل في نصفها.

(**الزيادات**): أصله: أن الدين يقسم على الأمة المرهونة وولدها المولود في الرهن بشرط إيفاء الولد إلى وقت الفكاك؛ لأن الولد إن صار مرهونا ولكن لا قسط له من الدين ما لم يصر مقصودًا وإنما يصير مقصودًا وقت الفكاك؛ لأنه يرد عليه القبض الذي له شبهة بالعقد.

مسائله على فصول:

أحدها: في الأمة المرهونة إذا ولدت ثم زيد في الرهن.

والثاني: في إحدى الأمتين إذا ولدت ثم زيد في الرهن.

والثالث: في الجارية المرهونة إذا اعورّت ثم زيد في الرهن.

(فصل)

رهن جارية بألف تساوي ألفًا فولدت ما يساوي ألفًا ثم ماتت الأمة فزاد الراهن عبدا يساوي ألفًا افتكهما الراهن بنصف الدين؛ لأن الدين انقسم عليهما نصفان لا يساويهما في القيمة ثم خصت الأم وهي خمسمائة قد سقطت بهلاكها وصار الولد أصلا في الرهن بشرط بقائه إلى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسم للخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفان، وإن مات الولد استرد العبد بلا شيء؛ لأنه لما هلك الولد صار كأنه لم يكن أصلا فتبين أنه لا قسط له من الدين؛ لأنه لم يبق إلى وقت الفكاك فتبين أن كل الدين ساقط بهلاك الأم وأنه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شيء ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوي ألفين يفتكّ الولد والعبد بثلثي الدين؛ لأن في انقسام الدين إنما يعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد

وقت الفكاك ألفان وقيمة الأم وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثا سقط ثلثه بهلاك الأم وبقي ثلثاه ببقاء الولد.

ولو نقص فصار يساوي خمسمائة افتكها بثلث الدين؛ لأنه تبين أنه سقط بهلاك الأم ثلثا الدين؛ لأن الدين انقسم عليهما أثلاثا ثلثه بإزاء الولد؛ لأن قيمته يوم الفكاك ثلث قيمة الأم وقت العقد.

ولو لم تَمُت الأم وزاد العبد ففيه نصف الدين وفي الأم وولدها نصفه؛ لأن الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعا لها في الرهن فما لم يظهر نصيب الأصيل لا يعتبر البيع في الانقسام؛ لأن البيع يدخل مع الأصيل في الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفان بخلاف ما إذا ماتت الجارية ثم زيد العبد؛ لأن الولد صار أصلا في الرهن بفوات الأصيل؛ لأن القائم للهلاك لا يتصور فلا بد من أن يجعل أصلا فاعتبرناه في الانقسام أصلا فانقسم ما بقي من الدين على الولد والعبد الزيادة. رهن جارية تساوي ألفا بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاد عبدا يساوي ألفًا فالعبد رهن بثلثي الخمسمائة الباقية؛ لأن الزيادة في الرهن إنما تصح في حق القائم من الدين دون الساقط؛ لأن الرهن استيفاء ولا بقاء وإبقاء الساقط والمستوفي لا يتصور والقائم من الدين خمسمائة فينقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية؛ لأن نصفها بقي مشغولا بالخمسمائة المستوفاة مضمونًا بها، فإن استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن فيسترد الراهن المستوفى وقيمة نصفها خمسمائة وقيمة العبد ألف فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثا ثلثاه في العبد الزيادة، فإن وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقًا فالعبد والجارية رهن بالألف؛ لأن الستوقة ليست من جنس حقه فبقبضها لا يصير مقتضيا ومستوفيا فتبين أن جميع الدين كان قائما حين زاده العبد، وإن وجده زيوفا أو مستحقا فردّه فالجارية رهن بالألف والعبد رهن معها في خمسمائة وليس للراهن أخذ الجارية حتى يؤدي الألف، وإن أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد؛ لأن الزيوف من جنس حقه إلا أن به عيبًا ووجود العيب لا يبدل جنسه كما في الصرف والسلم فصار مقتضيا ومستوفيا لا مستبدلا فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة

فصار العبد زيادة فيه فانقسمت الخمسمائة عليهما والرد لعيب الزيافة لنقض القبض من الأصل ولكن لا يبين أنه لم يكن قابضا، ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة في الخمسمائة خاصة.

(فصل)

رهن جاريتين بألفين تساوي كل واحدة ألفًا فولدت إحداهما ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت أم الولد ثم زاده الراهن عبدا يساوي ألفًا ثم مات العبد يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين؛ لأن نصف الألف يسقط بهلاك إحدى الجاريتين؛ لأن قيمتها ألف وذلك؛ لأن الألف انقسم عليها وعلى ولدها نصفان فتسقط بهلاكها حصتها وهي خمسمائة وبقي الولد بخمسمائة، وفي الجارية الباقية ألف فالعبد الزائد يدخل معها ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد؛ لأن الولد صار أصلا لفوات متبوعه فدخل العبد الزائد مع الولد في الخمسمائة التي في الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهي ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلثين وثلثًا فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم فانقسمت الخمسمائة أرباعا ربعها في ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها في الولد وأما الألف التي في الجارية الباقية انقسمت على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلثي العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستين وثلثين فاجعل التفاوت ما بين الأقل والأكثر سهما وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين فصار ثلث العبد الزائد سهمين والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الألف عليهما أخماسا خمساه وذلك أربعمائة في ثلثي العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة في الجارية الباقية فصار جملة ما في العبد خمسمائة وخمسة وعشرين.

ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والأمة الباقية بالألف؛ لأنه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقي العبد الزائد مع الجارية الباقية رهنًا بالألف، وإن لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت لستمائة؛ لأن قيمتها ستمائة.

وإن مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين؛ لأن ذلك فيه، وإن

لم تمت إلا الجارية الأولى وبلغت قيمة الولد ألفين فإنهم جميعا بالألف وثلثي ألف؛ لأنه يعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك وبقي ألفان فانقسم ما كان في أمة على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثا سقط بموت أمه ثلاثة وذلك ثلث ألف بقي ألف وثلثا ألف فصاروا رهنًا بما بقي فإن مات العبد مات بأربعمائة وستة وثمانين وتسع؛ لأن العبد كان زيادة في القائم من الدين فدخل على الولد والجارية القائمة أخماسا خمساه مع الولد وقيمة ذلك أربعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة ثم انقسم ما في الولد وذلك ثلثا الألف على قيمة الولد وهي ألفان وعلى خمسي العبد الزائد وذلك أربعمائة فاجعل مقدار أربعمائة سهما فصار قيمة الولد خمسة أسهم فانقسم ذلك بينهما أسداسًا سدسه وذلك مائة وأحد عشر درهما وتسع في خمسي العبد وخمسة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع حصة الولد وانقسم ما في الجارية الباقية على قيمتها وثلثي ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهمًا فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم، وإذا أقسمت الألف على ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون فحصل في ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون إذا ضمنته إلى مائة وأحد عشر وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسعًا، وإن ماتت الجارية والعبد بقي الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع؛ لأن ذلك حصته من الدين، وإن ماتت الجارية وبقي الولد ماتت بستمائة وخمسة وعشرين؛ لأن ذلك حصتها.

(فصل)

أصله: أن الولد الحادث من المرهونة بعد العور يجعل كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين بخلاف ولد المبيعة الحادث بعدما فقأ البائع عينها لا تجعل كالحادث قبل فقء العين حتى لا يعود شيئًا مما كان ساقطا، ألا ترى أن الشاة المرهونة إذا ماتت سقط الدين.

ولو دبغ المرتهن جلدها عاد الدين بقدره وبمثله الشاة المبيعة إذا هلكت ثم دبغ

البائع جلدها لا يعود شيء من الثمن والفرق بينهما وهو أن بهلاك شيء من الرهن لا يبطل الرهن لكن يتقرر ويتأكد حكمه لحصول ما هو المقصود به وهو الاستيفاء فأمكن جعل الولد الحادث بعد العور كالحادث قبله فأما بهلاك شيء من المبيع ينفسخ البيع فيه لفوات القبض المتبع بحق العقد وسقط نصف الثمن بالهبة والعقد متى انفسخ لا يعود إلا بتحديد من ذي عقد فلا يعود شيء مما كان ساقطا.

ثم مسائله على وجهين:

أحدهما: في الزيادة بعد الاعورار.

والثاني: في الزيادة بعد قضاء بعض المال.

أما **الأول**: رهن جارية تساوي ألفا بألف فاعورّت فزاد الراهن جارية تساوي خمسمائة فولدت العوراء ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت الجارية الزائدة تفتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزءًا من ثمانين جزءًا من الدين وتذهب الجارية الزائدة بأحد وعشرين من ثمانين وهي ملقبة بالعوراء والثمانين وذلك؛ لأنه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فانقسم جميع الدين عليهما نصفين فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقي سبعمائة وخمسون وهذا معنى قولنا إنه يعود نقص ما سقط من الدين فلما زاده جارية تساوي خمسمائة صارت هذه الزيادة في القائم من الدين إلا أن نصف الولد صار مقصودًا فوات أصله بذهاب العين بنصفه بيع العوراء فلا يتغير مقصودا بنفسه فانقسمت الجارية الزائدة على نصف الولد وعلى الجارية العوراء بحسب ما فيها من الدين وفي نصف الولد مائتان وخمسون وفي العوراء بيع نصف الولد الذي بيع له خمسمائة فانقسمت الجارية الزائدة أثلاثا ثلثها صار مضموما إلى نصف الولد وثلثها صار مضموما إلى العوراء ثم ما في نصف الولد وذلك مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وهي خمسمائة وعلى ثلث الزيادة وهي مائة وستة وستون وثلثان فاجعل قيمة ثلث الزيادة سهما فتصير الخمسمائة التي هي قيمة الولد ثلاثة أسهم فصار أربعة فانكسر ذلك بالأرباع فتحول إلى ثلاث الزائدة الربع ثم ما في الجارية مع نصف الولد وهو خمسمائة انقسم على قيمتها وهي خمسمائة وعلى

قيمة ثلثي الزائدة وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا فاجعل فصل ما بينهما وذلك مائة وستة وستين وثلثين فصارت الخمسمائة ثلاثة أسهم وقيمة ثلثي الزائدة سهمان فانكسر هذا النصف من الدين بالأخماس وقد انكسر الربع بالأرباع فاضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فضربنا خمسة في أربعة فيصير عشرين ثم اضرب بعد العشرين فيما انكسر عليه أصل الدين عند الاعورار وذلك أربعة فصار ثمانين فظهر أن سهام الدين على ثمانين سقط بالاعورار أربعة وذلك عشرون وبقي ستون، عشرون من ذلك في نصف الولد وثلث الجارية الزائدة فيقسم بينهما أرباعا ربعه بإزاء ثلث الجارية وهو خمسة والباقي بإزاء نصف الولد وهو خمسة عشر وبقي في العوراء أربعون انقسم عليها وعلى ثلثي الزيادة أخماسا خمساه وذلك ستة عشر في ثلثي الزيادة وثلاثة أخماسه وذلك أربعة وعشرين في العوراء فحصل في الجارية الزائدة أحد وعشرون وفي العوراء أربعة وعشرون وفي ولدها خمسة عشر فيكون تسعة وثلاثين.

والوجه الثاني: ولو لم تعورَّ الجارية وقضاه الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوي خمسمائة ثم ولدت الجارية الأولى ولدًا يساوي ألفًا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا يزيد ولا ينقص سواء كانت ولادة الأولى بعد الزائدة أو قبلها علل وقال الاستيفاء هاهنا حصل مشاهدة ومعاينة فلا يتعين الحكم فيه بخلاف الاعورار معناه أن بالاستيفاء حقيقة ومشاهدة سقط بعض الدين متقررًا متأكدًا، والساقط متى تقرر لا يحتمل العود، وأما بالاستيفاء حكما سقط بعض الدين غير متقرر بل حكمه متزلزل بين أن يعود الرهن إلى يد الراهن فيقرر حكمه وبين أن يهلك في يد المرتهن فيرتفع حكمه والساقط متى كان متزلزلًا لا متقررًا يحتمل العود بالولادة لما بينا، وإذا لم يعتبر حكم الدين فالباقي من الدين وذلك خمسمائة ينقسم على قيمة الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الأولى؛ لأن نصفها مضمون بالخمسمائة المستوفاة لما بينا وقيمتها سواء فانقسم بينهما نصفان وولدها يتبعها بما فيها.

(باب الزيادة المتولدة من الرهن ونقصانه)

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في صفة الزيادة وحكمها.

وفصل في كيفية انقسام الرهن عليها وعلى الأصل.

(فصل)

زوائد الرهن مثل الولد واللبن والسمن وثمار النخل في أرض الرهن رهن فلا يبطل شيء من الرهن بهلاكها خلافًا للشافعي؛ لأنه ثبت للمرتهن حق في المرهون وهو يملك العين في حق اليد والحبس، وهذه صفة قائمة بالأصيل فيصير صفة للزيادة متى كانت متصلة به؛ لأن كل صفة قامت بالأصل تقوم بالزيادة تبعًا للأصل فيصير ملك الحبس صفة للزيادة تبعا إذ الزيادة تحدث على صفة الأصل ويوجد على نهجه كالملك والحرية والرق، فإذا انفصل ينفصل عنها مع تلك الصفة، إلا أن هذه الصفة تثبت للزيادة بطريق السراية عن الأصل لا بالعقد ولا بما له مشابه بالعقد وهو القبض فلم تصر مضمونة؛ لأنه لم يقبضها المرتهن على جهة الاستيفاء فلا يسقط شيء بهلاكها كولد المبيعة قبل القبض مبيع ولم يكن مضمونا على البائع ولا يعتبر نقصان السفر وزيادته خلافا لزفر؛ لأن العين لم تنتقص ولم تزدد ولم تتغير وإنما التغيير في شيء آخر وهو كثرة أمثاله وقلة رغبات الناس فيه أو قلة أمثاله وكثرة رغبات الناس فيه، فإذا لم تتغير العين لم يتغير الضمان؛ لأن القبض ورد على العين لا على القيمة وغلة العقار وكسب العبد المرهون ليس برهن؛ لأنه منفصل عنه غير متولد ومتفرع عن الأصل ولا بدل عنه فلا تثبت له صفة الأصل كما في كسب المبيع وعليه المرتهن أجرها بغير إذن الراهن فالغلة له ويتصدق بها كما بيع نصيب بيت في الأرض بكل فهو بمنزلة الولد وثمن الشجر على قول محمد رحمه الله يصير كالنماء الحادث من الأرض، وعند أبي يوسف يقسم الدين على النخل والأرض فما يصيب النخل يقسم عليه وعلى الثمر كما في البيع على ما عرف في البيوع.

(فصل)

ويقسم الدين على الأصل يوم القبض وعلى الزيادة يوم الفكاك؛ لأن الأصل صار مضمونا بالقبض والزيادة لا تكون مضمونة، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكاك وإنما صار له حصة من الضمان يوم الفكاك، فإنه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء لما بينا وتفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفًا وقيمة الولد ألفًا فالدين بينهما نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء وبقيت الأم بجميع الدين.

ولو ماتت الأم وبقي الولد، فإن افتكه افتكه بنصف الدين وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء وصار كأنه لم يكن فذهب كل الدين بموت الأم ولو لم يمت واحد منهما ولا كر نقصت قيمة الأم بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة أو زادت فصارت تساوي ألفين والمولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان، وإن كانت الأم على حالها انتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصار يساوي خمسمائة فالدين فيهما أثلاثا ثلثان في الأم والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم حتى لو هلكت الأم بقي الولد بثلثي الدين وهذا بطرد على الأصل الذي ذكرنا أن قيمة الأم تعتبر يوم القبض وقيمة الولد يوم الفكاك، ولو ولدت الأم وكذا وقيمتها سواء ثم اعورت الأم بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين ربعه وذلك مائتان وخمسون؛ لأن الدين انقسم عليها والعين منها النصف فذهب نصف ما كان فيها من الدين بخلاف ما لو باع جارية فاعورت ثم ولدت ولدًا يساوي ألفًا، فإن الولد بثلث الألف والأم بالسدس؛ لأنها لما اعورت سقط نصف الدين وبقي النصف فانقسم الباقي عليها وعلى ولدها أثلاثا وكذلك في الرهن إذا اعورت قبل الولادة كان جميع الدين فيهما فوجب أن يسقط نصف الدين وانقسم النصف الباقي عليهما، والفرق أن في الرهن حين اعورت صار مستوفيا بالعور نصف الدين لكن الاستيفاء يحتمل الانتقاص، ألا ترى أنه لو أوفاه زيوفا كان مستوفيا، فإذا رده انتقص الاستيفاء فكذلك في الرهن يجوز أن ينتقص الاستيفاء في البعض بحدوث الولد فأما المبيعة حين اعورت انفسخ حكم العقد فيه بهلاك بعض المبيع، وإذا انفسخ العقد فيه لا تعود إلا بتحديد من ذي عقد فلا يتعين الحكم بالولادة.

(المنتقى): رهن أرضا ونخلا بدينه قيمة كل واحد منهما خمسمائة فاحترق النخل ونبت في الأرض نخل آخر يساوي خمسمائة قال يذهب من الدين نصفه تأجيرًا والنخل وما نبت فهو زيادة في الأرض بمنزلة رجل رهن أمتين قيمتهما ألفان بألف فماتت إحداهما ثم ولدت الباقية. رهن جارية بألف تساوي ألفًا فصلتها أمة تساوي مائة فدفعت لها ثم ولدت ولدا يساوي ألفًا فالدين فيهما نصفان كانت الأمة الأولى على حالها، فإن ماتت الأم ذهبت بنصف الدين ولو كانت قيمة القابلة خمسة آلاف كان كذلك.

(الجامع): رهن شاة بها لبن يدر فأباح المرتهن شربه فشرب ثم نفقت الشاة قسم الدين على قيمة الشاة واللبن فبطل من الدين حصة قيمة الشاة ويرجع المرتهن بحصة اللبن؛ لأن تناول المرتهن اللبن بإذن المالك كتناول المالك وبيع اللبن زيادة منفصلة متولدة من العين فيثبت فيها حكم الرهن ويصير مقصوده بالاسترداد فيأخذ قسطا من الدين وقد وجد الاسترداد؛ لأن تناول المرتهن بإذن الراهن كاسترداد الراهن اللبن حقيقة؛ لأن فعل المأمور بالإتلاف مضاف إلى الآمر فصار كأن الراهن استرد اللبن حقيقة فيرجع المرتهن عليه بحصته من الدين.

(باب ما ينقص الرهن وما لا ينقصه)

(المبسوط): استحق المرهون بعد الهلاك في يد المرتهن إن ضمن الراهن كان الرهن بما فيه؛ لأنه ظهر بالبينة أن الراهن كان غاصبًا وأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الغصب السابق فصح الرهن بعده وهلك مضمونًا له بالدين، وكذلك الرهن أمانة عنده ثم ضمن؛ لأن الملك يثبت سابقا على الرهن؛ لأن الرهن إنما يتم بالتعاطي بقبض المرتهن والأمين صار ضامنا بالتسليم سابقا على قبض المرتهن والملك في المضمون للضامن ثبت سابقا على قبض المرتهن فكان سابقًا على الرهن فيصح الرهن بعده.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا ينفذ الرهن؛ لأنه إنما ملكه بين وقت التسليم والرهن وجد قبل التسليم فلا ينفذ الرهن، فإن ضمن المرتهن يرجع على

الراهن بقيمة الرهن وبالدين؛ لأن المرتهن في قبض الرهن عامل للراهن، فإذا لحقه ضمان بسبب هذا القبض كان إقراره على المعمول له كالمستأجر إذا ضمن القيمة للمستحق رجع بما ضمن على الآجر وذلك؛ لأن الرهن عقد إيفاء وفي الإيفاء منفعة للموفي فالمستوفي والموفي يبرأ عن الدين والمستوفي يصل إلى حقه إلا أن منفعة الراهن راجح على منفعة المرتهن؛ لأن منفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي دون منفعته بالاستيفاء الحقيقي؛ لأن في الاستيفاء ينفع بالمستوفي وفي الحكمي لا ينفع بالمستوفي والراهن ينتفع بالإيفاء الحكمي كما ينتفع بالإيفاء الحقيقي وكان منفعته أرجح وأزيد، ولهذا وجبت النفقة على الراهن فكان المرتهن في القبض عاملا له ثم فرق بين هذا وبين المضاربة، فإن هناك لا ينفذ الرهن متى ضمن المرتهن، وفي المضاربة لو ضمن المضارب ورجع به على رب المال أيضًا تنفذ المضاربة كما لو ضمن رب المال، والفرق أن العقد إنما ينفذ بملك سابق عليه لا بملك لاحق، ألا ترى أن من باع مال غيره ثم ملكه لا ينفذ ففي الرهن الراهن إنما ملك الرهن من جهة المرتهن، فإن المرتهن يملكه أولا بأداء الضمان من وقت الضمان؛ لأنه بالقبض صار غاصبا ثم يملك الراهن من جهة فيكون ملك الراهن متأخرا عن العقد فلا ينفذ الرهن وقيام ملك الراهن شرط لصحة الرهن فكذلك في المضاربة، فإن رب المال يملك رأس المال من جهة المضارب متأخرا عن المضاربة إلا أن قيام ملك رب المال في رأس المال وقت المضاربة ليس بشرط في جواز المضاربة وإنما يشترط لجوازها قيام المال الذي أضيفت إليه المضاربة وقت الشراء، فإنه لو اغتصبت من رجل ألفًا ودفعها إلى غيره مضاربة بالنصف تنعقد المضاربة حتى لو اشترى بها عروضا ثم جاء المغصوب منه وأخذ الألف كانت العروض على المضاربة لما عرف في المضاربة ولو كان عبدا وأبق وضمن المرتهن ورجع المرتهن بقيمته على الراهن والعبد يكون ملكا للراهن؛ لأن الملك يثبت للمرتهن أولا ثم انتقل إلى الراهن من جهته بالرجوع فصار كأنه اشترى المرتهن ثم باع من الراهن. وضع الأمة المرهونة على يدي عدل ببيعها عبد محل المال فولدت ببيعها مع الولد لما بينا، فإن استحقها رجل بعد البيع والتسليم ولا

يعلم بمكانها، فإن شاء ضمن الراهن قيمة الأم والولد، وإن شاء ضمن بيع بدل، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهم غاصب في حقه الراهن غاصب للأم بالقبض السابق وللولد؛ لأن حدوثه في يد العدل كحدوثه في يده؛ لأن يد العدل يده من حيث إنه يحفظه له فالولد حدث أمانة في يده والمودع إذا أمر غيره ببيع الوديعة وتسليمها إلى غيره صار غاصبا ضامنا فكذا هذا والعدل صار غاصبا للأم بالقبض وللولد بالبيع والتسليم والمشتري صار غاصبا لهما بالقبض، وإن ضمن المشتري بطل الرهن والبيع؛ لأن الرهن لم يصر ملكا للراهن؛ لأن قرار الضمان ليس عليه ويرجع المشتري بالثمن على العدل لانفساخ البيع ويرجع المرتهن بدينه على الراهن لبطلان الرهن، فإن ضمن العدل قيمتهما لا يصح الرهن وصح البيع؛ لأن ملك الراهن تأخر عن الرهن؛ لأنه إنما يملك الرهن من جهة العدل باعتبار أن قرار الضمان عليه فالعدل إنما يملكها من حين قبضها والرهن كان سابقا على قبضه والبيع كان لاحقا عن قبضه وكان ملك الراهن سابقا على البيع لاحقا عن الرهن فنفذ البيع وبطل الرهن وصار الثمن ملكا للراهن ثم إن كان الثمن عند العدل يرجع بذلك في الثمن الذي عنده، وإن لم يكن فيه وفاء يرجع بتمامه على الراهن؛ لأنه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من الضمان، فإن قضاه المرتهن فله الخيار إن شاء أخذ المرتهن بما ضمن، وإن شاء الراهن ولا يأخذهما جميعا وأيهما شاء واختار برئ الآخر؛ لأنه لما استحق ظهر أن المرتهن أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه قد ملك العبد العدل حين ضمن قيمته ونفذ البيع عليه وصار الثمن ملكا له، فإذا رجع به على المرتهن بطل الاقتضاء فرجع المرتهن على الراهن بدينه، ولو ماتا عند العدل يضمنه المستحق قيمة الأم دون الولد؛ لأن الولد أمانة في يده والأمين لا يضمن الأمانة إلا بالتعدي ولا يوجد منه التعدي في الرهن.

ولو ارتهن دائنين فاستحق أحدهما لم يفتك الأخرى إلا بجميع الدين، فإن هلكت هلكت بحصتها؛ لأن العقد انعقد عليهما إلا أنه على المملوك نافذ وعلى المستحق موقوف فدخلا يجب الرهن ثم خرج أحدهما بالاستحقاق بحصته كما لو رد المرتهن أحدهما على الراهن يخرج بحصته فكذا هذا وباستحقاق أحدهما لم

تسقط حصته من الدين؛ لأن الراهن لم يصر موفيًا حصته فبقي الباقي محبوسا بجميع الدين مضمونا بحصته كما كان قبل الاستحقاق كل واحد منهما يكون محبوسا بجميع الدين ومضمونا بحصته فكذلك بعده.

(المنتقى): رهن دارا بدينه وأمره ببيعها عند محله كيف أحب إن شاء متفرقًا، وإن شاء مجتمعا فباع نصفها قال لا يبطل الرهن فيما بقي؛ لأن المبطل للرهن زوال المرهون عن ملك الراهن وقد زال نصفه وبقي نصفه على ملك الراهن فيبطل بقدر المبطل.

رهن عبدين بألف فاستحق أحدهما فالباقي رهن بحصته، فإذا أداها افتكه في قول زفر، وقال أبو يوسف هو رهن بحصته ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف؛ لأنه محبوس بكل الدين مضمون بحصته لما بينا وكذلك إن كان أحدهما حرًّا أو مدبرًا.

(الجامع الصغير): رهن عبدًا هو مقر بالعبودية فوجده حرًّا لا يرجع المرتهن بدينه عليه، ولو كان هذا في البيع ولا يعرف مكان البائع، فإنه يرجع المشتري بالثمن على العبد ثم يرجع العبد على البائع به.

وفي رواية ابن رستم عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه لا يرجع المشتري عليه كما في الرهن فهو سواء بينهما وفي ظاهر الرواية فرق والفرق أن البيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فصار الأمر به ضامنا للسلامة وعلى ما هو موجبه نفيًا للغرور نظرًا له؛ لأنه شرع في البيع بناء على آمره معتمدًا على كلامه فصار العبد عارا له فصار ضامنًا نفيًا للغرور عنه.

(باب الرهن يحصل مكانه رهنًا آخر)

(المبسوط): أصله: أن الرهن الأول لا ينفسخ برهن الثاني بالقول ما دام قبض المرتهن في المرهون الأول قائمًا كأنه لم يصح الرهن فيه إلا بالقبض دون مجرد القول فكذلك فسخه.

قال محمد رحمه الله في (نوادر هشام): ولو رهن رجل رهنًا فقال المرتهن للراهن: ناقضتك الرهن، لم يكن ذلك بقضاء حتى يرد على الراهن، فإن قال: خذ

هذا العبد بدلا له ويكون رهنًا مكان الرهن الأول ورد على الأول ففعل ورد ذلك فهو مناقضة للأول والثاني رهن مكان الأول.

رهن عبدًا يساوي ألفًا فجاء بجارية فقال خذ هذه رهنًا مكان الأول ورد العبد فهو جائز؛ لأن الرهن في العبد يقبل النقض والجارية تقبل الرهن فينفسخ الأول وينعقد الثاني ويكون الأول في ضمانه حتى يرد على المالك؛ لأن الضمان متعلق بالقبض فيبقى ما بقي القبض كما لو تفاسخا الرهن بقي مضمونا عليه حتى يرده والثاني أمانة في يده حتى يرد الأول إلى المالك؛ لأن الراهن لم يرض بجملتهما رهنًا وإنما رضي بأحدهما، فإذا لم يخرج الأول من ضمان الرهن لم يتعلق بالثاني ضمان.

فإن هلكا في يد المرتهن هلك الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شيء، فإن قبض الجارية وسلم العبد إلى الراهن فالجارية رهن مضمونة بقيمتها لا بقيمة العبد؛ لأنها مستقلة بنفسها بعقد على حدة وليست ببدل عن العبد فكان المضمون قدر قيمتها.

(المبسوط): رجل رهن رجلا كر حنطة قيمته مائة بمائة، ثم قال خذ أحد هذين الكرين شعيرا رهنًا مكان الحنطة ورد عليّ الحنطة فأخذ منه الشعير ورد من الحنطة نصفها ثم احترق الشعير وباقي الحنطة في يد المرتهن قال يذهب نصف الدين ولا ضمان عليه فيما ذهب من الشعير؛ لأنه لا يكون نصفه رهنًا.

وذكر عيسى بن أبان عن محمد رحمهما الله: رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم فلم يقبض الثوب حتى أعطاه المشتري ثوبا آخر وقال للبائع يكونان رهنًا عندك بعشرة لا يكون رهنًا وللمشتري أن يسترد الثوب الباقي وقيمتهما سواء هلك بخمسة؛ لأنه كان مضمونا بخمسة ومعناه أنه مأخوذ على جهة سوم الرهن والمقبوض على سوم الرهن مضمون كالمقبوض على سوم البيع.

(المنتقى): باع العبد بألف على أن يرهنه متاعا معينا بثمنه فأبى أن يدفع الرهن لا أجره خلافا لزفر. له: أن هذا رهن مشروط في عقد لازم وهو البيع فيصير لازما تبعا له كالوكالة بالبيع والإيفاء إذا شرطت في الرهن تصير لازمة فكذا هذا. لنا: أن هذا

وعد ليرهن ولم يعقد عقد الرهن ولو عقد عقد الرهن وأبى أن يسلم لم يجبر، وإذا وعد ولم يعقد أولى أن لا يجبر على التسليم وللبائع خيار أخذ عبده إلا أن يعطيه الرهن أو يعطيه مكانه رهنًا آخر برضاه أو يعجل الثمن؛ لأنه شُرط في البيع شرط مفيد؛ لأن في الرهن توثيق وتأكيد بالثمن، فإذا لم يسلم له الشرط يتخير في نقض البيع وإمضائه كما لو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز فلم يجده كذلك.

وإن أعطاه رهنًا آخر لا يجبر البائع على قبوله؛ لأن حقه إنما ثبت في متاع بعينه فلا يقوم آخر مقامه إلا برضاه.

وإن أعطاه قيمة الأول دراهم أو دنانير فلا خيار له؛ لأن قيمة الشيء مثله معنى يقوم مقامه ويسد مسده فيجبر البائع على قبوله كالغاصب إذا عجز عن رد المغصوب فأعطى قيمته أجبر المغصوب منه على قبوله فكذا هذا.

وكذلك لو هلك الرهن في يد الراهن فله الخيار إلا إن أعطاه قيمة الأول.

(باب رهن الرجلين أو منهما)

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في رهن الرجلين من واحد.

وفصل في ارتهان الرجلين من واحد.

وفصل في التفاسخ.

(فصل)

رهن رجلان بدين عليهما رجلًا رهنًا واحدًا جاز؛ لأن قبض المرتهن يتحقق في الكل من غير شيوع وتفرق أملاكهما لا يوجب شيوعا في الرهن، فإنه يجوز أن يكون ملك الغير مرهونا بدين الغير، كما لو استعار شيئًا فرهنه لأنهما لما رهنا جملة فقد رضيا بكون كله رهنا لكل واحد منهما بدينه لأنهما قصدا صحة الرهن ولن يصح إلا بأن يجعل كل واحد منهما رهنا كله بدينه؛ لأنه لو كان راهنا نصفه بدينه لم يصح؛ لأنه يكون رهن المشاع فصار كل واحد منهما رهنًا كله بدينه تصحيحا

للرهن؛ لأنه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن، ألا ترى أن من رهن عبدا آخر بإذنه بألف صار رهنًا بتلك الدراهم فكذا هذا.

ويعتبر اتحاد صفقة الرهن واختلافها ولا يعتبر اختلاف الدينين واتفاقهما حتى لو رهن بدين فأخذ عينا في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع في كل صفقة.

ولو مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن على حاله؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في حقوقه وأملاكه والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن فبقي الرهن على حاله.

لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد كفيل عن صاحبه فأعطاه أحدهما رهنًا بجميع الدين ثم أعطاه الآخر رهنًا بجميع الدين انقسم الدين فيهما نصفين فأيهما هلك هلك بنصف الدين إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل الدين؛ لأن المالين جميعا صارا رهنًا بمال واحد وإن أصل المال عليهما واحد، ومن رهن مالين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهنًا بنصف الدين.

(فصل)

ولو ارتهن رجلان من رجل رهنًا والدينان مختلفان أو المالان كانا مختلفين جاز ولكل واحد قدر دينه فيما بينهما؛ لأن الرهن أضيف إلى كل العبد ولا شيوع فيه؛ لأنه رهن الكل منهما ولم يرهن بعضه من هذا وبعضه من هذا وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتحري فصار محبوسا لكل واحد منهما بكماله، فإذا تهايئا فأمسك هذا يوما والآخر يوما صار كل واحد منهما في اليوم الذي يمسك كالعدل في حق الآخر، فإذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته؛ لأن الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتحري وإن قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شيء من الرهن وللآخر أن يمسكه حتى يستوفي دينه؛ لأن العين صارت رهنًا محبوسة بكل واحد بكماله والعين الواحدة يجوز أن تصير كلها محبوسة نحو هذا وكلها محبوسة بحق هذا.

وعلى هذا لو اشترى رجلان شيئًا واحدا وأدى أحدهما حصته لم يكن له أن يقبضه شيئًا وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر.

فإن هلك عنده بعدما قضى دينه يسترد ما أعطاه لما ذكرنا.

(فصل)

تفاسخ الراهن والمرتهن فما لم يقبضه الراهن فهو رهن يمسكه المرتهن لو أراد؛ لأن نقض الرهن لا يصح إلا بنقض القبض كالرهن لا يصح إلا بوجود القبض؛ لأن نقض الرهن لا يصح إلا بنقض القبض ضد الشيء حكما.

ولو بدا للراهن أن يتركه فللمرتهن أن يرده بدون الآخر؛ لأن أحدهما يعود بالرد أبطل حق الآخر، فإن حق الآخر يبقى في النصف شائعا والرهن في نصف شائع باطل وإنما جعل الرهن منهما رهنًا من كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح العقد تحريا للجواز والضرورة في تصحيح العقد لا في تصحيح الفسخ فيعتبر الفسخ متجزئا فمتى يعود أحدهما بالفسخ يبقى في حق الآخر الرهن في نصف شائع وكان في بعضه نقض الرهن في الكل فلا يملكه ولو نقض أحد شريكي المفاوضة جاز؛ لأن تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن أحدهما كرهنهما فكذا نقض أحدهما كنقضهما ولا يملكه أحد شريكي العيان؛ لأن ليس تصرف أحدهما كتصرفهما حتى لا يجعل رهن أحدهما كرهنهما، فإن نقضه وقبضه وهلك عنده، وهو لم يباشر العقد بإذن شريكه كان المرتهن ضامنا حصته من لم ينقض؛ لأنه دفع مال من لم ينقض إلى غيره بغير إذنه ويرجع بدينه عليهما وبنصف القيمة التي ضمن على الذي قضى منه الرهن طعن عيسى وقال: لا يرجع المرتهن بما ضمن على القابض إلا إذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع إليه المرتهن من غير تصديق وقيل في الجواب عنه بأن عقد الشركة بينهما من حيث الظاهر يصير بمنزلة دعوى الوكالة، فإن قيام الشركة بينهما دليل واحد أن لكل واحد منهما حق النقض على صاحبه فصار المرتهن مغرورا من جهته اعتمادا منه على أن لأحد الشريكين

ولاية النقض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك وقيل تأويله إذا قال الناقض وكلني صاحبي بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أو لم يكذبه ولم يصدقه كما في المودع.

(**العيون**): وذكر الفقيه أبو الليث في (**العيون**): رجلان لكل واحد منهما ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضا بدينهما وقبضاها، ثم قال أحدهما إن المال الذي لنا على فلان باطل والأرض في أيدينا تلجئة.

قال أبو يوسف رحمه الله: بطل الرهن؛ لأن الدينين وإن اختلفا ولكن الرهن بهما واحد، فإذا اعترف أحدهما ببطلان الدين والرهن بطل البيع أصلا وبقي حق الآخر في الدين.

وقال محمد رحمه الله: لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله؛ لأن الدينين مختلفان والرهن إنما يصح بهما حقا لهما فإقراره يصبح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر في الدين والرهن وبقي حق الآخر فيهما على حاله.

(**الجامع**): لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهناه عبدًا يساوي ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفيا أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بأربعين دينارا ويرجع الآخر عليه بأربعمائة درهم ولا تصح المقاصة إلا برضاهما؛ لأن الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان، فإذا هلك ذهب من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وكفى خمسمائة وألفان أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قاضيا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانمائة نصفه من نصيبه من العبد ونصفه من نصيب صاحبه لما ذكرنا أن كل واحد من الراهنين صار راهنا جميع العبد بدينه فصار من عليه الدراهم قاضيا ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع صاحبه عليه بذلك ومن عليه الدنانير قاضيا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانين دينارا نصفه من مال صاحبه وذلك أربعين دينارًا فيرجع صاحبه عليه بذلك؛ لأن من قضى دين غيره بأمره فله أن يرجع بما قضى عليه والمقاصة لا تصح بين الجنسين المختلفين إلا أن يتقاصّا ويخرج على هذا الأصل لو كان الدين

ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر ألف وعلى الثالث خمسمائة فرهنوا بذلك عبدا بينهم أثلاثا قيمته ألفان فهلك في يده صار كل واحد منهم قاضيا ثلثي دينه وبقي عليه ثلثه إلا أن كل واحد منهم صار قاضيا ثلثي دينه بثلث ذلك من نصيبه وثلثيه من نصيب صاحبه فيرجعان على القاضي بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ما ذكرنا.

(باب رهن الوصي والولد)

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في رهن الوصي بدين الميت واليتيم.

وفصل في دين الورثة من التركة.

وفصل في رهن الأب أو الوصي مال اليتيم بدين نفسه.

رهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرماء الميت الآخرين رده؛ لأن الرهن إيفاء حكمي وفي الإيفاء الحقيقي لو أبرأ غريمًا من غرماء الميت لم يجز لما فيه من إبطال حق الباقين؛ لأن حق الكل تعلق بالتركة إيفاء على السواء وكذا في الإيفاء الحكمي إلا أن يقضي حق الباقين قبل الرد جاز؛ لأنه لما وصل إليهم حقهم زال المانع من النفاذ فنفذ.

ولو كان الغريم واحدا فرهن منه جاز؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق أحدهم فيجوز كما لو أوفاه حقيقة ويجوز ارتهان الوصي بدين الميت؛ لأن الارتهان توثيق وتوكيد للدين فكان نافعا للميت.

وإن استدان الصبي شيئًا فرهن من ماله جاز؛ لأنه يملك إيفاء ذلك الدين حقيقة فيملك إيفاؤه بالرهن حكما.

ولو رهن خادما لنفسه من اليتيم أو لليتيم من نفسه لم يجز؛ لأن الوصي إنما يملك التصرف مع اليتيم إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم وليس في الرهن والارتهان منفعة ظاهرة لليتيم؛ لأن الرهن إنما يكون مضمونا بأقل من قيمته ومن الدين.

وليس للصبي إذا بلغ إبطال رهن الوصي؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية كاملة وصار تصرفه كتصرفه بحكم الديانة فلا يملك إبطاله كالبيع.

ولا يرهن الوصي مال اليتيم من ابن له صغير أو عبده المأذون ولا دين عليه كما لو باع من هؤلاء لا يجوز؛ لأن تصرفه إنما يجوز إذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة ومتى يقع بأحدهما فقد أضر بالآخر فلا يجوز ويكون الرهن من عنده يكون رهنًا من نفسه.

ويجوز للأب ذلك من هؤلاء كما يجوز بيعه من هؤلاء كما عرف.

ويجوز من ابنه الكبير وعبده المأذون المديون؛ لأنه يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة فكذلك رهنه.

(فصل)

ولو استدان الوصي على الورثة ورهن به متاعهم فلا يخلو إما أن استدان لنفقتهم وحوائجهم وثوابتهم كالجراح واستدان لنفقة رفيقهم ودوابهم، وكل وجه لا يخلو إما أن كانت الورثة كلهم كبارًا أو صغارًا أو كبارًا وصغارًا، فإن استدان لنفقتهم ورهن به رهن وهم كبار حضور أو غيّب لم يجز؛ لأنه ليس له ولاية الاستدانة عليهم فحصل مستدينا لنفسه وقد رهن متاعهم بدين نفسه فلم يجز.

وإن كانوا صغارا جاز ذلك؛ لأن للوصي ولاية الاستدانة على الصغار فيملك رهن متاعهم به؛ لأنه يملك إيفاء دينهم حقيقة فيملك إيفاءه بالرهن حكما. وإن كانوا صغارا وكبارا يجوز استدانته ورهنه على الصغار خاصة دون الكبار بخلاف ما لو باع المنقول من التركة جاز على الكل، والفرق أنه إنما تثبت له ولاية البيع على الكل كي لا يلحق الميت والصغير ضرر ببيع البعض؛ لأن ثمن البعض متى بيع منفردا يكون أقل مما إذا بيع جملة مجتمعا. ولا ضرر على الكبير؛ لأنه يتوفر حظه في البدل فيثبت له ولاية على الكل نظرا للصغار؛ لأن التصرف في حقه مقيد بالأحسن والأنظر.

فأما في الاستدانة والرهن لو لم تثبت له ولاية الاستدانة على الكبار ولا يلحق بالصغار الضرر وليس في الرهن توفير حق الكبار هل فيه إبطال وإضرار، فإنه يصير ممنوعا عن الانتفاع بنصيبه من غير بدل يتوفر عليه للحال وأما إذا استدان لنفقة رفيقهم ودوابهم، فإن كانوا الكل كبارا حضورا لا يجوز استدانته ورهنه من متاعهم، وإن كانوا غيبًا جاز ذلك؛ لأن في الاستدانة تحصيل مالهم وحصون أملاكهم عن التوى والتلف وتحصينا للتركة على الميت وللوصي ولاية التحصين بالبيع إذا كانوا غيبا نظرا للميت فكان له ولاية التحصين والتصوين بالاستدانة للإنفاق عليهم، فإذا جاز استدانته جاز رهنه لما بينا.

وإن كان بعضهم حضورا وبعضهم غيبا أو كانوا صغارا أو كبارا حاضرين جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز إلا على الغائب أو الصغار خاصة، ولا يجوز رهنه على الكل؛ لأنه لما لم يجز استدانته على الكبير الحاضر لفقد ولايته عليه كما في البيع لم يجز رهنه على الكل؛ لأن حصة الصغار والكبار الحضور مشاع ورهن المشاع باطل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لما ثبت له ولاية الاستدانة على الغائب أو الصغار لما فيه من التحصين ثبت ولايته على الكل؛ لأنه متى لم ينفق الحاضر يهلك الرقيق وكان في الاستدانة على الحاضر تحصين ملكه وتصوين ماله كما في البيع، وإذا جاز استدانته على الكل جاز رهنه بخلاف الاستدانة للنفقة إذا كانوا صغارا وكبارا؛ لأنه يمكنه الإنفاق على الصغار دون الكبار وهاهنا لا يمكنه الإنفاق على حصة الصغار دون حصة الكبار فيثبت له ولاية الاستدانة على الكل ضرورة.

ولو رهن الوصي بدين على الميت أو ارتهن به جاز إن كانت الورثة كلهم صغارا وكبارا؛ لأن له ولاية تحصين التركة حال غيبتهم بالبيع فكذلك بالرهن والارتهان؛ لأن فيه تحصينًا؛ لأنه متى لم يرهن ربما تهلك التركة ويبقى الدين في ذمة الميت وكذلك في الارتهان استيثاق لدينه، وإن كان البعض غيبا والبعض حضورا فعلى الخلاف الذي مر.

(فصل)

رهن الوارث الكبير شيئًا من التركة بدينه وليس على الميت دين جاز؛ لأنه يجوز بيعه فيجوز رهنه، وإن رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت في أيديهم ولا مال له غير المرهون فالرهن جائز وصيا كان أو وارثا ويرجع به الوصي على اليتيم؛ لأن الدين إنما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجبا عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن بلحوق الدين في التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن؛ لأنه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فيلزمه قيمته كالرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه إلا أنه إن كان وصيا يرجع على الصغير؛ لأنه كان عاملا له وقد لحقه ضمان بسبب عمله.

وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فأعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا في مال الميت جاز الرهن؛ لأن هذا الدين ثبت على الميت بعد الرهن؛ لأنه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له؛ لأنه بالإعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج.

ولو استحق عبد باعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن؛ لأنه ظهر أن الرهن وقع وعلى الميت دين؛ لأنه ظهر أن ما قبض الميت من الثمن كان دينا عليه للمشتري؛ لأنه لم يجب له على المشتري مثل ذلك.

(فصل)

ولو رهن الأب أو الوصي متاع اليتيم بدين نفسه جاز استحسانًا وهو ضامن له والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وابن أبي ليلى؛ لأن الرهن إيفاء حكما وهو لا يملك الإيفاء من مال اليتيم حقيقة؛ لأنه يصير مستقرضا لماله وإنه تبرع واصطناع فكذلك لا يملك الإيفاء حكما.

لنا: أن هذا التصرف مشتمل على المعنيين على الولاية والنظر أما الولاية فلأن الرهن بمنزلة الوديعة عند المرتهن والإيداع داخل تحت ولايته وأما النظر فلأنه جعل مضمونا على الحافظ.

ولو جعله محفوظا غير مضمون كالإيداع صح وكان نظرا للصبي وهذا أحق؛ لأنه أنظر للصبي؛ لأنه صار بالرهن أحصن وأصون من التوى؛ لأن المرتهن مجتهد في تحصينه وحفظه خوفا من أن يذهب دينه بهلاكه ويملك استرداده من المرتهن بقضاء دينه.

ولو لم يرهنه ربما لا يجتهد الوصي في حفظه مثلما يجتهد المرتهن، ولو هلك في يده يهلك على الصبي ولا يضمن الوصي شيئًا يبقى بعد هذا أنه صرفه إلى دينه وذلك جائز؛ لأنه لو كان لابنه الصغير دراهم فقضى الأب بها دين نفسه جاز؛ لأنه إذا صرفه إلى دينه فقد اشتراه بمثله وذلك داخل في ولايته فكذا هذا، فإن بلغ الابن لا يرد الرهن حتى يقضي الدين، وإن قضى يرجع في مال الأب؛ لأنه مضطر في القضاء؛ لأنه لا يستخلص ماله إلا بالقضاء فلا يكون متبرعًا.

(باب الرجل استعار شيئًا ليرهنه)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في كيفية الإعارة.

والثاني: في اختلافها في الهلاك والنقصان.

والثالث: في ضمانه بهما.

(فصل)

أعار ثوبا ليرهنه فلا يخلو إما أن يسمي له شيئًا أو سمى له مالًا أو عين له مكانًا أو شخصًا، فإن أعار ثوبًا ليرهنه ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء؛ لأنه طلب منه قضاء دينه من هذا المال مطلقًا؛ لأن الرهن إيفاء واستيفاء حكمًا.

ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا والاستعارة وجدت مطلقة فقد رضي المعير بأن يرهن بما شاء كما لو استعار من رجل دابة ولم يسم ما يعمل بها فله أن يركب ويركب غيره ويحمل عليها فكذا هذا.

وإن سمى له مالًا مقدرًا فرهن بأقل أو بأكثر أو بجنس آخر فلا يخلو إما أن كانت قيمة الثوب مثل الدين أو أكثر أو أقل، فإن كانت قيمتهما سواء أو أكثر ضمن؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه إذا رهنه بأقل مما سمى وقيمة الرهن مثل قيمة الدين أو أكثر يتضرر به المعير، فإنه بعضه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض بذلك بل طلب أن يجعل كله مضمونا، وأما إذا رهنه بأكثر فلأنه قد يحتاج المعير إلى الفكاك ليصل إلى ملكه وربما يتعسر عليه الفكاك متى زاد على المسمى؛ لأنه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضي بقضاء دين قليل ولم يرض بقضاء دين كبير فصار مخالفا، وإن كانت قيمة الثوب بأقل من المسمى بأن أعار ثوبا ليرهنه بعشرة وقيمته تسعة، فإن رهن بقدر قيمته تسعة لا يضمن، وأما إذا رهنه بجنس آخر ضمن في الفصول كلها؛ لأن مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم متى هلك الثوب ومتى رهن بالطعام لا يمكنه الرجوع عليه بالدراهم ولأنه ربما يحتاج إلى الفكاك وربما يتيسر عليه الفكاك بالدراهم ويتعسر عليه الفكاك بالطعام فيلحقه زيادة ضرر، وأما إذا أعاره ليرهنه من إنسان بعينه فرهنه من غيره ضمن؛ لأنه ربما يحتاج إلى أن يقضي دينه لاستخلاص ملكه والناس متفاوتون في القضاء والاقتضاء فكذلك في الحفظ والأمانة فالرضاء بحفظ زيد لا يكون رضاء بحفظ عمرو فبالخلاف يلحقه زيادة ضرر.

ولو أعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ضمن؛ لأن البلدان والأمكنة متفاوتة في الحفظ والصيانة ولأنه يخاف خطر الطريق متى نقل ولأنه قد تيسر عليه الفكاك في المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك في غيره.

(فصل)

اختلفا في الهلاك أو النقصان قبل الاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير يدعي أنه قضى دينه من ماله والمستعير ينكر.

فإن ادعى الراهن أنَّ المعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن؛ لأن الراهن والمرتهن تصادقا على فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما

فيكون القول قولهما أنهما فسخا ذلك كما في المتبايعين ولأن المعير ادعى أنه قضى دينه من ماله وأنكره الراهن فيكون القول له.

(فصل)

ويرجع المعير على الراهن بقدر ما يذهب عنه بالدين؛ لأنه قد صار قاضيا دينه من ماله بهذا القدر بأمره.

ولو أراد المعير افتكاكه ليس للمرتهن منعه؛ لأن المعير إن كان أجنبيا من هذا الدين إلا أن له حقا في قضائه ليستخلص ملكه عن الشغل، فإذا كان له حقا في قضائه يجبر المرتهن على قبوله كالكفيل إذا قضى الدين يجبر الطالب على القبول؛ لأن له حقا في قبوله حتى تفرغ ذمته عن شغله، وإن كان الدين على غيره فكذا هذا ويرجع على الراهن بما قضى؛ لأنه مضطر في قضائه لإحياء ملكه.

هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الافتكاك لا يضمن؛ لأن المستعير إنما يضمن العارية بأحد أمرين: إما بالخلاف أو بأن يقضي دينه منه ولم يوجد أحدهما فإما لا يضمن بالقبض والدفع إلى المرتهن؛ لأنه حصل بإذن المالك.

قضى الراهن دينه وبعث وكيلا بقبض العبد فهلك في يد الوكيل ضمن المستعير إلا أن يكون من عياله كالمودع وهذه تدل على أن المستعير ليس له أن يودع من ليس في عياله وذلك؛ لأن الدفع إلى الأجنبي في العارية إنما حصل بإذن المالك؛ لأن المعير ملك المنفعة منه بالإعارة ومن ملك المنفعة بغير بدل كان له أن يملك من غيره بغير بدل، فأما الدفع إلى الأجنبي مقصودا للحفظ لم يحصل بإذن المالك؛ لأنه لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل له الإذن تبعًا لتمليك المنفعة. رهن المستعار بألف وقيمته ألف ولم يقبض المال وهلك في يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى المرتهن ألف للراهن؛ لأن المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كالمقبوض بحقيقة الرهن فضمن المرتهن مثل المسمى وهو ألف للراهن وما أخذ من الرهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث إنه بدل ملكه لا من حيث إنه قضى دينه من ماله، فإنه لم يكن عليه دين للمرتهن. استعار من رجلين متاعا للرهن

ثم قضى نصف المال وقال عن نصيب فلان يكون عنهما؛ لأن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين إذ لو جعلنا كل جزء محبوسا ببعض الدين ممكن الشيوع في الرهن وأنه يوجب بطلان الرهن فلا يملك أن يجعل البعض محبوسا ببعض الدين فلهذا لو قضى كان ما قضى عن جميع العبد.

رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى الدين وهلك في يد المرتهن فالمرتهن ضامن الألف بردّها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن وفي رواية أبي حفص ردها على الراهن وردها الراهن على المعير، وهو الصحيح؛ لأن المعير صار قاضيا دينه لهلاك الرهن من وقت الارتهان؛ لأن الاستيفاء متى ثبت عند الهلاك يستند إلى وقت الارتهان؛ لأنه صار مستوفيا للدين في حق ملك اليد والجنس من وقت القبض فظهر أنه استوفى منه الألف وليس عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب على المرتهن ردها إلى الراهن؛ لأنه استوفاها منه ثم يردها على مولى العبد؛ لأنه قضى دينه من ماله بأمره. وجه رواية أبي سليمان: أن للراهن على المرتهن ألفًا قبضها منه بغير حق في الإيفاء الحقيقي ولصاحب العبد على الراهن ألف؛ لأنه صار قاضيا دينه من ماله بأمره فكان للمرتهن أن يرد الألف التي للراهن عنده إلى مولى العبد قضاء لدينه وقيل تأويله أن يردها على مولى العبد بأمر الراهن.

قبض دابة عارية ليرهنها فركبها ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الراهن حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن؛ لأن المستعير للرهن مودع خالف بالركوب وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان.

(**الجامع**): أصله أن القاضي نصب لإيفاء الحقوق المحترمة إلى أربابها لا لإبطالها وإهدارها. استعار الرجل شيئًا فرهنه ومات مفلسًا لم يكن للغريم أن يبيعه بدينه بغير إذن المعير؛ لأن المعير رضي بكونه محبوسًا بدين المستعير لا بزواله عن ملكه، ولهذا لا يباع حال حياة المستعير؛ لأنه لم يتعلق حق الغريم بهذا المال؛ لأنه ليس بملك المديون، فإن أراد المعير بيعه بالدين وأبى المرتهن، فإن كان فيه وفاء لا يعتبر إباؤه، وإن لم يكن لا يباع وكان متعنتًا في الإباء؛ لأنه إذا كان فيه وفاء فلا ضرر للمرتهن في هذا البيع؛ لأنه يصل إلى حقه بكماله، ولهذا حال حياة المستعير

لا يشترط رضاء المرتهن، وإن لم يكن فيه وفاء بحقه ففيه ضرر عليه؛ لأن فيه إزالة المرتهن عن الرهن بغير رضاه من غير أن يصل إلى حقه بكماله، ولهذا لا يباع حال حياة المستعير بغير رضاء المرتهن مات المعير والمستعير لم يكن لورثة المعير الاسترداد؛ لأن فيه إزالة يده وإبطال حقه ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة؛ لأن إباءهم يكون مفيدا؛ لأنه متى لم يبع الرهن ربما يقضي المستعير دين نفسه أو يبرئه المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غريم المعير ويبقى الفضل لهم.

ولو بيع بغير رضاء منهم ربما لا يصل إليهم شيء أو يصل إليهم أقل مما يصل إليه إذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان إباؤهم مفيدا فيكون معتبرًا، وإن لم يكن فيه وفاء بالدين لم يبع إلا أن يشاء المرتهن.

(باب [تصرف](١) الراهن في الرهن [المشترك](٢))

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في الإعتاق.

وفصل في دعوة كسب العبد المرهون.

وفصل في كتابة المرهون وتدبيره.

وفصل في الإقرار بالمرهون لغيره.

(فصل)

إعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن قيمته ويكون رهنًا مكانه إن كان موسرا ثم إن كان المال حالا اقتضاه من القيمة، وإن كان الراهن معسرًا فللمرتهن استسعاء المدبر وأم الولد في جميع الدين والمعتق في قيمته ثم يرجع المعتق بما أدى على المولى.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وقال الشافعي: إن كان معسرًا لا ينفذ عتقه، وإن كان موسرًا ينفذ عتقه وضمن قيمته.

والصحيح قولنا؛ لأن الإعتاق صادف ملكه؛ لأن المرهون كان ملكه قبل الرهن مطلقًا رقبة ويدًا منفعة وحبسا وملكه معصوم محترم وأثر العصمة أن لا تزول إلا بإزالته وهو بالرهن أزال ملك اليد والحبس فبقي ملك الرقبة خالصا له والعتق إذا صادف الملك يصح ولا يتهجر لتعلق حق الغير به؛ لأن ملك الرقبة علة مطلقة للإعتاق ويعلق حق المرتهن علة حاجرة من إبطال حقه وقد اجتمعا وتعارضا فيجب العمل بهما فقلنا بنفوذ العتق عملا بحقيقة الملك وبوجوب الضمان مراعاة لحق المرتهن ليكون عملا بالعلة المطلقة والعلة الحاجرة وهذا كمن قطع حبل نفسه وقد تعلق به فبديل غيره يضمنه ويجوز له قطعه.

(الجامع): أصله أن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر ينظر إلى **ثلاثة أشياء**: إلى قيمته يوم العتق، وإلى ما كان مضمونا بالدين وإلى ما كان محبوسا به، فإنه يسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء. أما القيمة فلأنه احتبس بالعتق عند العبد من حق المرتهن هذا القدر فلا يلزمه السعاية إلا في هذا القدر كالعبد المشترك إذا أعتق أحدهما وهو معسر، وأما المضمون بالدين إذا كان أقل؛ لأن العبد مضمون بقدر الدين بالعقد وما يحدث من الزيادة المتصلة بعد القبض لم تصر مضمونة فهذا؛ لأن السعاية إنما لزمته؛ لأنه احتبس عنده بالعتق حق المرتهن تنقلب حقيقته ملك في الثاني وإنما تنقلب حقيقة ملك في الثاني بقدر ما كان العبد مضمونا بالدين؛ لأن العبد متى هلك يصير مستوفيا من الدين بقدره لا غير ولا تنقلب حقيقة ملك في الثاني بالاستيفاء في حق الزيادة، فإن كانت محبوسة بالدين فلا يمكن إيجاب السعاية على العبد في حق الزيادة وإن كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بأن رهن عبدا بألف قيمته ألف فأدى الراهن تسعمائة من الدين ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد في مائة، فإن كان مضمونا بألف حتى لو هلك يهلك بألف؛ لأنه محبوس بمائة فكان له أن يفتكه بقدر مائة فكان العبد مضمونا بمائة من حيث الاعتبار حالة الإعتاق. رهن عبدا يساوي ألفًا بألف فصار

يساوي خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد في خمسمائة لا غير، ولو كان المعتق موسرا ضمن الألف كلها؛ لأن السعاية هنا أقل من الأشياء الثلاثة؛ لأن السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين وذلك ألف، فإنه لو هلك يهلك بألف وإن انتقص سعره ومحبوس بالألف، فإن الراهن ما لم يؤد الألف لا يفتك الرهن.

رهن جارية تساوي ألفًا بألفين فصارت ألفين بزيادة أو سعر أو ولدت ولدًا يساوي ألفًا يفتكها بألفين؛ لأنها لو لم تزدد لا يفتكها إلا بألفين، فإذا زادت أولى، ولو هلكت هلكت ألف؛ لأن قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المتصلة لم يزد عليها عقد ولا قبض مقصودًا أو كان وجودها وعدمها بمنزلة وإن أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف، وكذلك لو أعتقها سعيا في ألف ورجعت بذلك على المولى ورجع المرتهن على المولى بنفيه دينه؛ لأن الراهن لما أعتقها صار بإعتاق الولد قابضًا للولد حكمًا كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض فينقسم الدين عليهما نصفين فيسعيان في ألف؛ لأنها أقل من قيمتهما يوم العتق ورجعا بذلك على المولى؛ لأنهما أديا دينه من خالص ملكهما؛ لأنهما يسعيان وهما حران، ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فله الرجوع على من عليه الدين إذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس في العبد؛ لأنه لا يحتمل النقل.

(فصل)

رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفًا فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لإتلاف حق المرتهن بالدعوة، وإن كان معسرًا سعت الأمة في نصف المال والولد في نصفه؛ لأن في حالة العسار لا يجب إلا السعاية وكل واحد منهما صار أصلا للأم بالاستيلاد والولد بالإعتاق؛ لأنه بالإعتاق صار مشتريا الولد فيصير الولد أصلا في الرهن كالأم؛ لأن الولد كما حدث سوى اليد ما كان في الأم من حق الحبس فصار مرهونا كالأم، فإن لم يرد الولد حتى ماتت الأم قبل أن يفرغ

من السعاية يسعى في الأقل من قيمته ونصف الدين ولا يراد عليه شيء بموت الأم؛ لأن الولد حدث قبل وجوب السعاية على الأم فلا يكون تابعا لها في السعاية.

ولو زوج الراهن الأمة المرهونة جاز ولا يقر بها الزوج إلا إذا زوجها قبل الرهن؛ لأن النكاح لا يتضمن إبطال حق المرتهن؛ لأن المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن في نفاذ النكاح فنفذ وغشيان الزوج يتضمن إبطال حقه في الحبس؛ لأنه مستحق حبسها فصار كالمالك في حق الحبس فله منعه عن الوطء وحبسه عنه بخلاف ما قبل الرهن؛ لأن الزوج ملك غشيانها قبل الرهن؛ لأنه استحق منافع بضعها مطلقًا فلا يتمكن المرتهن من إبطال حقه في القربان، فإن وطئها فولدت وماتت يضمن الراهن قيمتها؛ لأنه سلط الزوج على إتلاف حق المرتهن؛ لأنه بالنكاح سلطه على الوطء فيجعل وطء الزوج كوطء الراهن؛ لأنه حصل بتسليطه.

ولو وطئها الراهن صار مستردا للرهن، ولهذا لو زوّج الأمة المبيعة قبل القبض صار المشتري قابضا لها فصار كأن التلف حصل في يد الراهن فيضمن، وإن زوجها ثم رهن فوطئها الزوج وماتت كانت من مال المرتهن استحسانًا لا قياسا؛ لأن الوطء حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطء الراهن، ولهذا يهلك على الراهن إذا زوجها بعد الرهن. وجه الاستحسان: أن الراهن لم يسلطه على إتلاف حق المرتهن؛ لأنه حين زوّجها لم يكن حق المرتهن ثابتا فيها بل سلطه على إتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطء الراهن ولأن الراهن سلطه على الوطء قبل الرهن؛ لأن التسليط يثبت بالنكاح فصار الراهن واطئا لها بحكم التسليط قبل الرهن وبالوطء قبل الرهن لا يصير متلفا حقه؛ لأن به لا يصير مستردًّا للرهن.

(فصل)

رهن أمة بألف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى فللمرتهن فسخها؛ لأن الكتابة

تتضمن إبطال حق المرتهن؛ لأن المكاتب لا يصلح رهنًا؛ لأنه لو أدى بدل الكتابة عتق ويبطل الرهن.

وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن؛ لأنه لا يمكنه البيع والكتابة مما يحتمل الفسخ فكان له أن ينقضها دفعًا للضرر عن نفسه بخلاف العتق والتدبير؛ لأنه لا يحتمل الفسخ فلا يمكن نقضه.

ولو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت في قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوي خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى في خمسمائة؛ لأنه يسري ما فيها من الدين إلى ولدها متى ولدت بمثل حالها مدبرًا تبعًا للأصل، فإن سعت البنت في مائة ثم ولدت بنتًا ثم ماتت البنت الأولى وقيمة الأولى والسفلى سواء تسعى السفلى في الباقي كله؛ لأنه يسري ما فيها إلى ولدها كما يسري من الجدة إلى الوسطى.

رهن أمتين كل واحدة بألف فدبرهما المولى ثم ماتت إحداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولى نصفه؛ لأنها ماتت بعدما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شيء من دين الميتة إلى الباقية لأن الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة في السعاية كانت متحملة عن المولى، فإذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المتحمل والكفيل فتطالب من الأصيل، فإن ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه وسواء كانت قيمة الأم أقل أو أكبر؛ لأنها ولدت بمثل حالها مدبرة فيسري ما فيها إلى ولدها.

ولو كانت ولدتها قبل التدبير ثم دبرهما جميعا سعت في مائتين وخمسين إن كانت قيمتها مثل قيمة الأم؛ لأن الولد قبل التدبير صار رهنًا وانقسم ما في الأم من الدين عليهما نصفان على سبيل التوقف إن ورد على الولد قبض الراهن بقي كذلك منقسما، وإن لم يرد عليه قبض بطل الانقسام وظهر أن الدين كله كان بإزاء الأم وهنا ورد من الراهن قبض على الولد كما ذكرهما؛ لأن التدبير قبض، ألا ترى لو دبر المشتري قبل القبض صار قابضا.

رهن أمة بألف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فماتت الأم ثم دبر البنت عليها السعاية في خمسمائة؛ لأنه ورد على الميت قبض الراهن، فإنه بالتدبير صار

قابضا للولد فظهر أن الدين كان منقسما عليهما نصفين، فإن ولدت البنت بنتا وماتت البنت الأولى سعت السفلى في خمسمائة، وإن كانت قيمتها مائة؛ لأن السفلى ولد المستسعاة فسرى ما في أمها إليها.

ولدت الأمة المرهونة بنتا وولدت البنت بنتا وقيمة كل واحدة ألف ثم دبرهن جميعا ثم ماتت الأم والبنت الأولى فعلى السفلى السعاية في نصف الدين عن عيسى رحمه الله قال ينبغي أن يسعى في ثلث الدين؛ لأنه قد كان كالقابض للوسطى بالتدبير؛ لأن التدبير قبض وصار بإزاء كل واحدة منهن ثلث الدين كما لو رهنهن جميعا ثم دبرهن وهو معسر وقد ماتت ثنتان قبل السعاية تسعى الباقية في ثلث الدين فكذا هذا.

والجواب عنه: أن التدبير ليس بقبض حقيقة ولكن اعتبر قبضًا حكمًا بحكم الإتلاف كالإعتاق وإنما يعتبر قبضا حكما متى لم يكن في اعتباره قبضا ضرر على المرتهن وهنا في اعتباره قبضا ضرر بالمرتهن؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقه في السعاية؛ لأنه متى لم يعتبر قبضا كان للمرتهن أن يستسعي السفلى في نصف الدين ومتى اعتبر قبضا يستسعيها في جزء من أحد عشر جزءًا من الدين فلا يعتبر قبضًا دفعًا للضرر عنه فصار كأن الوسطى ماتت قبل التدبير فيصير بإزاء السفلى نصف الدين بخلاف المسألة المتقدمة لأنا لو اعتبرنا التدبير قبضا ينتفع به المرتهن ولا يتضرر به؛ لأن السفلى تسعى في جميع ما وجب على الوسطى ومتى لم يعتبر قبضًا تسعى في جزء من أحد عشر جزءًا من الدين، وكذلك لو دبر السفلى بعدما ماتت الأم والجدة؛ لأنه لا يحتسب بالوسطى إذا ماتت قبل التدبير فإنها لم تكن ولدت الجدة ولدًا واحدًا ثم دبر الولد.

ولدت أمة الرهن ولدا يساوي ألفا ثم دبرهما فعلى كل واحد منهما سعاية خمسمائة لما عرف.

وإن ماتت البنت سعت الأم في الألف كلها طعن عيسى وقال بالتدبير تقرر الضمان فيه فلا يعود إلى الأم والجواب أن التدبير متى اعتبر قبضا لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به؛ لأنه متى اعتبر قبضا تهلك الأم بخمسمائة وتسعى في

خمسمائة ومتى لم يعتبر قبضا تهلك الأم بجميع الدين فيعتبر قبضا فيكون مقبوضا بالتدبير فصار كأنه رهنهما ثم دبرهما.

رهن أمة تساوي ألفًا بألف إلى أجل فولدت ولدا يساوي ألفًا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته ويكون رهنًا مع الأم، وإن كان معسرا يسعى الولد في خمسمائة؛ لأن المولى جانٍ في التدبير؛ لأنه بالتدبير أتلف حق المرتهن وحق المرتهن في الحبس كان ثابتا في الكل فضمن قيمته وأما التدبير غير جانٍ فيسعى بقدر حق المرتهن في الولد وهو خمسمائة لا بقدر قيمته فيظهر مزية غير الجاني على الجاني.

فإن مات الولد قبل السعاية كانت الأم رهنًا بالألف، وإن هلكت الأم تهلك بنصف الدين وعند عيسى يسعى في خمسمائة والصحيح جواب الكتاب؛ لأن الولد صار محبوسا في الرهن؛ لأن بالتدبير صار مقبوضا؛ لأنه لا ضرر في صيرورته مقبوضا محبوسا بالرهن على المرتهن بل فيه منفعة، فإنه لا يسقط بهلاك إحداهما إلا نصف الدين فصار كأنه رهنهما ثم أخذهما وهو معسر ثم ماتت إحداهما صارت الباقية رهنًا بالألف ولو ماتت الباقية تموت بخمسمائة فكذا هذا.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في إقرار الراهن بالمرهون لغيره.

والثاني: في إقرار المرتهن أنه لغير الراهن.

أما القسم الأول: رهن عبدا بألف، ثم قال هو لفلان لم يصدق؛ لأن إقراره يتضمن إبطال حق المريض وأنه يحتمل النقض والإبطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والإجارة، ثم المقر له إن شاء أدى المال وقبض المرهون؛ لأن عدم صحة الإقرار لحق المرتهن، فإذا أزال حقه صح الإقرار كما في البيع كان للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا.

ويرجع بما قضى على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه لإحياء حقه، فإنه لا يصل إلى ملكه إلا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير فكذا هذا، فإن شاء ضمن الراهن قيمة العبد لأن الراهن رغم أنه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده إليه للحال بحق المرتهن فيضمن قيمته، وللمقر له أن يستحلف المرتهن على علمه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه.

وإن لم يؤدِّ المال وأعتق العبد جاز عتقه؛ لأن الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد؛ لأن الراهن رغم أنه ملك المقر له وإعتاق المالك نافذ والمرتهن زعم أنه كان ملك الراهن لا للمقر له إلا أنه لما أقر له فقد سلطه على إعتاقه بإقراره فيجوز عتقه كما لو وكله بالإعتاق.

ثم المسألة على أربعة أوجه: إما أن كان المقر والمقر له موسران أو معسران أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين في ذلك كله حال أو مؤجل.

وإن كانا موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار إن شاء أخذ الدين من الراهن، وإن شاء ضمن المعتق القيمة ويكون رهنًا وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن من زعم المرتهن أنه ليس بمالك وإنما جاز عتقه بتسليط الراهن؛ لأنه لما أقر له بالملك فقد سلطه على الإعتاق فصار كما لو سلطه على الإعتاق بالوكالة، فإن الراهن لو وكل وكيلا بإعتاق المرهون فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما قياسا على مسألة أخرى، وهو أن المشتري لو وكّل وكيلا بإعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف إذ لا فرق بينهما، ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مجبر عليه، وإن كان الدين مؤجلا فالمرتهن إن شاء ضمن الراهن؛ لأنه سلطه على إعتاقه بإقراره له فصار كما لو وكله بالإعتاق، فإنه يضمن بالإجماع، وإن شاء ضمن المعتق وعلى قياس قولهما يجب أن لا يضمنه لما ذكرنا ويرجع المعتق على الراهن للحال؛ لأنه لو كان العبد قائمًا كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الإنسان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصبا في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكا للراهن لما

ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير إذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين؛ لأنه إنما يرجع باعتبار أنه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل، فإن كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق؛ لأن في زعم العبد أنه لا رجوع له على المعتق لا في زعم أن المعتق لم يصر متلفًا حق المرتهن بالإعتاق ولأن الرهن لم يصح؛ لأن الراهن رهن بغير أمرك فلا سعاية للمرتهن عليّ إلا أنه ظلمني بأخذ السعاية مني وكذلك إن كان الدين مؤجلا، وإن كان المعتق موسرا والراهن معسرا والدين حال أم مؤجل فللمرتهن أن يستسعي العبد؛ لأن العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر، وإن شاء ضمن المعتق؛ لأنه بمنزلة الوكيل عنه بالإعتاق ورجع المعتق على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مخير فيه والعبد يرجع على الراهن دون المعتق، وإن كان المعتق معسرا والراهن موسرا والدين حال فالراهن يؤخذ بقضاء دينه، فإذا قضى الدين جرح المرتهن من الوسط فهذا رجل أعتق عبدا كله له فارغا عاريا عن حق الغير فلا شيء على العبد، وإن كان الدين مؤجلا فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن الراهن؛ لأنه هو المسلط على العتق فكأنه وكّل المقر له بإعتاقه، وإن شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لا على المعتق لما بينا.

وأما القسم الثاني: فهو على وجهين: إما أن أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته، وكل وجه لا يخلو من **ثلاثة أوجه**: إما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين.

فإن أقر برقبته لرجل وقال: الرهن لفلان اغتصبه الراهن، فإن افتكه الراهن فلا سبيل للمقر له على العبد ولا على ما أخذه المرتهن؛ لأن إقرار المرتهن لم يصح في حق الراهن؛ لأنه إقرار على الغير وما أخذ ليس ببدل عن الرهن بل هو دينه استوفاه.

وإن كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له ويبطل دينه؛ لأنه لما أقر أن الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم أنه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وإنما كان فهو ضامن بخلاف ما افتكه؛ لأنه رده إلى يد من أخذ منه فيبرأ

عن الضمان ويبطل دينه؛ لأن إقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه، وأما إذا بيع العبد إما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن، فإن أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن، وإن لم يجز فلا؛ لأن من زعم المرتهن العبد للمقر له وقد بيع بغير إذنه فيكون موقوفا على إجازته، فإن أجاز يكون ثمن عبده، وإن لم يجز فليس بثمن عبده فلا سبيل له عليه.

وإن أقر بدين عليه لرجل إن افتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن؛ لأنه رد العبد إلى يد من أخذه منه، فإن هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير ولم يفصل في الكتاب بينما إذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده وقبل هذا إذا وجب دينه قبل الرهن، وإن وجب بعده فلا شيء للمقر له على المرتهن؛ لأن بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد، فإذا كان الدين واجبا قبل رهنه ثم تبين أنه استوفى دينه من مالية العبد ومالية العبد دين العبد وجب استيفاؤه ودين العبد مقدَّم على دين المولى، فأما إذا وجب الدين بعد رهنه فحين صار مستوفيا دينه من ماليته ليس في مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء، وأما إذا بيع العبد في الدين فللمقر له أن يأخذ الثمن من المرتهن أجاز البيع أو لم يجز؛ لأن البيع هاهنا جائز؛ لأنه لا ملك للمقر له في العبد، وإذا جاز البيع له يقوم الثمن مقامه، ومن زعم المرتهن أن المقر له أحق بثمن العبد منه؛ لأن دينه دين العبد وديني دين المولى ودين العبد مقدّم على دين المولى فيدفعه إليه.

(**الجامع**): أصله: أن من تصرف في ملكه تصرفًا يحتمل النقض وللغير في ملكه حق مستحق يقضي من الغير، فإنه يقف تصرفه على إجازة صاحب الحق؛ لأن حقه معصوم محترم لا يجوز إبطاله فلا يملك المالك إبطاله إلا برضاء صاحب الحق.

باع الراهن الرهن فالبيع باطل قيل معناه يبطل البيع لما مر في البيوع، فإن باع بغير رضاه من رجل ثم من آخر فأجاز المرتهن البيع الثاني جاز وبطل الأول؛ لأن البيعين يقعان على إجازته، فإذا أجاز الثاني نفذ وبطل الآخر؛ لأنه لا فائدة في بقائه كالفضولي إذا باع من رجل ثم باعه من آخر ثم أجاز المالك الثاني نفذ وبطل الأول فكذا هنا والثمن يكون رهنًا عند المرتهن؛ لأن الثمن بدل العين الذي تعلق حقه به

وقائم مقامه فيتحول حقه من العين إلى بدله وهذا؛ لأن ملك اليد والجنس ثابت للمرتهن في المبيع وأنه حق يضاهي ملك الرقبة والملك في الثمن يثبت بإزاء الملك في الرقبة في المبيع وملك الجنس، ثم للراهن في رقبة الثمن وكذلك يثبت للمرتهن ملك الجنس في الثمن بإزاء الجنس في المبيع تحقيقا للمبادلة والمعادلة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يصير رهنًا إلا إذا شرط المرتهن عند الإجارة أن يكون الثمن رهنًا عنده؛ لأن الراهن ملك الثمن بسبب جديد فلا يصير مرهونا بدون الشرط كالراهن إذا أجر المرهون برضاء المرتهن لا يصير الأجر مرهونا بدون الشرط فكذا هذا والعذر لهما عن الإجارة أن الأجرة بدل المنفعة لا بدل العين وليس للمرتهن في المنفعة حق فلا يكون في بدلها حق أيضًا.

ولو باع المرهون من رجل ثم رهنه أو أجره أو وهبه من أجر فأجاز المرتهن التصرف الثاني لم يجز وجاز البيع والثمن للراهن وللمرتهن دينه؛ لأن الراهن بهذا التصرف عامل لنفسه لا للمرتهن، فإنه لا يقع للمرتهن في هذه العقود؛ لأنها لا تملك بإزائه بدلا في حق اليد والجنس فلم يقع العقد للمرتهن فلم يتوقف على إجازته من حيث إنه ينفذ في حق حكمه بإجارته وهو ثبوت الملك في البدل؛ لأنه لا حق له في الأجرة ولا بدل للرهن والهبة وإنما يتوقف من حيث إنه مبطل حقه عن المرهون فكانت إجارته معتبرة في حق إبطال حقه عن المرهون لا غير، فإذا زال حق المرتهن بالإجارة بقيت العبرة لحق الراهن وبيعه كان سابقًا على الرهن والإجارة والهبة فنفذ البيع وبطل غيره بخلاف البيع؛ لأنه وقع للمرتهن من وجه؛ لأنه بهذا البيع يثبت حقا للمرتهن في الثمن وله فيه نفع فيقف على إجارته من حيث إنه ثبت حقه في الثمن ومن حيث إنه مبطل حقه عن المبيع، فإذا نفذ الثاني بإجارته بطل الأول.

(باب السعاية في الرهن)

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في سعاية العبد المرهون لواحد.

فصل في سعاية العبد المرهون المشترك.

وفصل في سعاية العبد المرهون المستعار عبد مرهون بألف وقيمته خمسمائة.

أعتقه الراهن وهو معسر ثم مات الراهن وترك خمسمائة يأخذها المرتهن ويسعى العبد في مائتين وخمسين؛ لأنه لو سعى في خمسمائة يثبت له حق الرجوع في تركة المولى؛ لأن للمستسعي حق الرجوع بالسعاية على المولى ومتى رجع ظهر أن ما أخذه المرتهن من تركة الميت بينهما نصفان فيظهر أن له على المرتهن مائتين وخمسين وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فإيجاب خمسمائة على العبد لا ينفذ فأوجبنا عليه مائتين وخمسين.

ولو أن العبد سعى في قيمته قبل موت الراهن ثم مات الراهن وترك خمسمائة كانت بين الراهن والمعتق نصفين لما بينا. رهن رجلان عبدا ثم أعتقه أحدهما فلا يخلو إما أن كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين حال أو مؤجل، فإن كانا موسرين والدين حال وقيمته ألف فعليه حصته من الدين وكذلك على شريكه لأجل الدين لا لأجل العتق؛ لأن الرهن يتلف بإعتاق أحدهما وهما موسران والدين حال فيؤخذان بدينهما، وإن كان الدين مؤجلا ضمن المعتق قيمة نصيبه؛ لأنه أتلف نصيبه فيأخذ المرتهن منه ويكون رهنًا عنده إلى أن يحل الدين وينظر ماذا يختار الساكت، فإن اختار الضمان أو سعاية العبد كان للمرتهن أن يأخذ ذلك منه؛ لأنه بدل الرهن فيكون رهنًا عنده، وإذا حل الدين أخذه بدينه عليهما؛ لأن القيمة من جنس حقه وإن اختار العتق فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن المعتق؛ لأنه أتلف حقه بالإعتاق، وإن شاء ضمن الساكت؛ لأنه أتلف حقه في بدله، فإنه وجب الضمان على المعتق أو السعاية على العبد وبالإعتاق برئا من ذلك فأما إذا كان معسرين والدين حال فللمرتهن أن يستسعي العبد في الألف كلها؛ لأنه عتق كله بإعتاق نصيبه عندهما فيجب على العبد السعاية في قيمته، وعند أبي حنيفة رحمه الله صار نصيب الساكت مكاتبا والمكاتب لا يصلح رهنًا؛ لأنه حر يدا والمعتق معسر فكان للمرتهن أن يستسعي العبد، وإذا أخذ السعاية من العبد أخذ بدينه عليهما؛ لأنه بدل الرهن وكذلك إن كان الدين مؤجلا ويكون رهنًا عنده إلى أن يحل الدين

وأما إذا كان المعتق موسرا والساكت معسرا والدين حال ضمن المعتق نصيب دينه وفي نصيب الساكت ينظر إن اختار الضمان أو السعاية أخذه المرتهن منه؛ لأنه بدل الرهن، وإن اختار العتق ضمن المعتق نصيب الساكت؛ لأنه أتلف حقه في الرهن ويرجع بذلك على الساكت وكذلك إن كان الدين مؤجلا، فإن كان المعتق معسرا والساكت موسرا والدين حال يستسعي المرتهن العبد في نصيب المعتق ويأخذ من الساكت نصف الدين؛ لأنه أتلف الرهن والدين حال، وإن كان الدين مؤجلا يستسعي المرتهن العبد الألف كلها، فإذا حل الدين إن اختار الساكت السعاية أخذ المرتهن بدينه عليهما ويرجع العبد على المعتق ولا يرجع على الساكت وإن اختار العتق، فإذا قضى دينه رجع بنصف السعاية على العبد، وإن لم يقض كان للمرتهن أن يأخذ ذلك بدينه؛ لأنه بدل الرهن ثم يرجع العبد بنصف السعاية على الساكت ونصفها على المعتق ولو أعتقه أحدهما ودبره الآخر وهما معسران يستسعي العبد في جميع الألف؛ لأنه حقه في جميع الرهن بالإعتاق والتدبير، ثم العبد يرجع على المعتق بنصف السعاية؛ لأنه قضى دينه من ماله وهو مخير على ذلك ويرجع على المدبر بنصف السعاية إن اختار العتق، وإن اختار السعاية يرجع عليه بفضل ما بين نصف قيمته مدبرا ونصف قيمته قنًّا حتى لو كان نصف قيمته قنًّا خمسمائة ونصف قيمته مدبرا أربعمائة رجع عليه بمائة؛ لأن المرتهن استسعى العبد في نصيب المدبر في نصف قيمته قنًّا فللمدبر على العبد نصف قيمته مدبرا وذلك أربعمائة فما زاد على نصف قيمته مدبرا صار المدبر قاضيا عن المدبر دينه من ماله وهو مجبر على ذلك فيرجع به عليه، وإن كان موسرين ضمنا الألف للمرتهن ويسعى المدبر للذي دبره في نصف قيمته ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء؛ لأن الرهن تلف بإعتاق أحدهما والدين حال فيؤاخذان به، وإن كان الدين مؤجلا يضمن المعتق قيمة نصيبه وفي نصيب المدبر المرتهن بالخيار إن شاء ضمن المعتق نصيبه؛ لأنه بإعتاق نصيبه أتلف حقه في جميع الرهن، وإن شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه؛ لأن المدبر بالتدبير أتلف حقه في بدل الرهن ولأنه كان للمرتهن تضمين المعتق قيمة نصيب الساكت وبالتدبير برئ المعتق من ضمان نصيبه.

(فصل)

أعار رجلا عبدًا ليرهنه بألف حالة ثم أعتقه مولاه فهو على أربعة أوجه: إما أن كان المعير والمستعير موسرين، أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر.

وكل وجه لا يخلو: إما أن يكون الدين حالا أو مؤجلا، فإن كانا موسرين والدين حال فالمرتهن يضمن أيهما شاء؛ لأن المعير بالإعتاق أتلف حقه فصار كما لو أتلفه أجنبي ومتى تلف الرهن باعتاق المعير والدين حال فله أن يأخذ المستعير بدينه، فإن ضمن المعتق رجع على الراهن؛ لأن المعير قضى دين المستعير بأمره؛ لأنه لما استعار العبد منه ليرهنه بدينه فقد طلب منه أن يقضي دينه من ماله، ألا ترى لو توي الرهن في يد المرتهن حتى صار قاضيا دينه من العبد يرجع المعير عليه بقيمة العبد فكذا إذا قضى دينه بقيمة العبد إذ لا فرق بين أن يقضي دينه من قيمة العبد وبين أن يقضي من عينه، فإن كان الدين مؤجلا ضمن المعير قيمة العبد ويكون رهنًا عند المرتهن ولا يرجع على المستعير حتى يحل الدين، فإذا حل الدين وقضى المستعير دين المرتهن رجعت القيمة إلى المستعير، فإن لم يقض كان للمرتهن أن يأخذ القيمة بدينه وللمعير أن يرجع على المستعير؛ لأنه قضى دينه بأمره.

وإن كانا معسرين والدين حال فالمرتهن يستسعي العبد في قيمته؛ لأن المعير لا يؤاخذ بضمان الإعتاق والمستعير معسر والمعسر لا يطالب بالدين ثم العبد يرجع على أيهما شاء إما على مولاه؛ لأنه قضى دينه وهو مجبر عليه؛ لأن المعير ضامن بحكم الإتلاف إلا أن العبد جعل متحملا عنه لعساره من حيث إن منفعة العتق حصل له وإما على المستعير؛ لأنه قضى عنه دينه من ماله وهو مجبر عليه، فإن كان الدين مؤجلا يستسعي العبد في قيمته والعبد يرجع على مولاه بالسعاية؛ لأنه قضى دينه للحال؛ لأن ما وجب عليه بالإتلاف حال ولا يرجع على المستعير؛ لأنه قضى دينا مؤجلا فلا يرجع عليه بمثله حالا؛ لأن المعجل أكثر من المؤجل كالكفيل بدين مؤجل إذا قضى قبل حلول الأجل لا يرجع إلا بعد حلول الأجل وكذا هذا.

وإن كان المعير موسرا والراهن معسرا والدين حال ضمن المعير للمرتهن؛

لأنه تعذر الاقتضاء من المستعير لعساره ويرجع به على المستعير متى أيسر، وإن كان الدين مؤجلا لا يرجع على المستعير قبل حلول الدين؛ لأنه قضى عنه دينه مؤجلا، وإن كان المعير معسرا والراهن موسرا والدين حال ضمن الراهن ولا يرجع على أحد، وإن شاء المرتهن استسعى العبد؛ لأن المولى أعتقه وهو معسر ومنفعة العتق حصل له، ثم العبد يرجع على أيهما شاء المولى والراهن، فإن كان الدين مؤجلا يستسعي العبد لا غير؛ لأنه لم يؤخذ من الراهن إتلاف حقه ولا دينه حال حتى يطالبه بدينه ويرجع العبد على مولاه؛ لأنه قضى عنه دينه بأمره للحال لا على المستعير؛ لأنه لم يقض عنه دينا مؤجلا رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفًا فادعى الراهن الولد وهو موسر ضمن المال.

(المنتقى): وتجب السعاية على الحر في **أربع مسائل:**

إحداها: العبد المرهون إذا أعتقه المولى أو دبره أو كانت جارية فاستولدها والدين حال وهو معسر على ما مر ثم يرجع المعتق على المولى بالسعاية والمدبر وأم الولد لا يرجعان به والفرق أن السعاية كسب وأكساب المدبر ملك المولى فالقضاء لا في ملك المولى وكذلك لا رجوع فأما كسب المعتق ملكه؛ لأنه حر وقد قضى دين المولى من كسبه وملكه وهو مضطر فيه فيرجع به على المولى، **والثانية:** الوارث إذا أعتق عبدا لتركة ثم ظهر دين الميت فعلى العبد أن يسعى في قيمته للغرماء؛ لأنه ظهر أنه أعتقه وقد كان حق الغرماء متعلقًا به فيسعى لحق الغرماء كما لو كان الدين ظاهرا فأعتقه الوارث وهو معسر، **والثالثة:** إذا أعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فأبت فعليها قيمتها له؛ لأنها شرطت للمولى منفعة بمقابلة العتق ولم تصل المنفعة إليه فيجب عليها رد ما يقابلها والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الرد فيرد خلفه وهو السعاية كما لو أعتقه على عبد فاستحقه آخر. **والرابعة:** لو أعتق عبد عبده المأذون المديون في التجارة على ما يأتي في المأذون. ثم المسائل على ثلاثة أوجه: **أحدها:** في دعوة المولى ولد المرهونة، **والثاني:** في إعتاق المرهون بإذن المرتهن، **والثالث:** في إعتاق المشتري المبيع قبل القبض. أما **الأول:** رجل رهن أمة له بدين عليه فحملت وأقر الراهن أنه منه ثم ولدت والراهن معسر فلا سعاية على

الولد؛ لأنه صار حرا في بطن أمه فلم يصر رهنًا تبعا لأمه وإن ولدت ثم ادعاه قسم الدين على قيمة الأم والولد فما أصاب قيمة الولد يسعى الولد في الأقل منه ومن قيمته وسعت الأم فيما بقي بالغا ما بلغ لما بينا.

والثاني: ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أعتق الراهن العبد المرهون بإذن المرتهن والراهن معسر لا شيء على العبد، ولو أعتق المولى عبده المأذون المديون بإذن الغريم فللغريم أن يضمن مولاه القيمة والفرق أن المرهون قد يخرج من الرهن بإذن المرتهن، فإذا أذن بالإعتاق فقد رضي بخروجه عن الرهن؛ لأن الحر لا يقبل الرهن ولا يمكنه تضمين المولى ولا العبد؛ لأنه لما أعتقه بإذنه وأمره فهو قد رضي بإبطال حقه فصار كما لو أعتقه المرتهن بإذن الراهن، فأما المأذون لا يبرأ عن الدين بعتقه؛ لأن الدين واجب في ذمته متعلق بماليته استيفاء لا وجوبا، فالغريم بالإذن بالإعتاق لم يرض بإسقاط دينه ومتى بقي الدين في ذمته بقي متعلقا بماليته وقد أتلفها المولى بالإعتاق فيضمن قيمته.

وذكر الحسن بن زياد رحمه الله: لو كان الدين مؤجلا على الراهن فأعتق الراهن المرهون استسعى العبد في قيمته وتكون القيمة رهنًا في يد المرتهن، فإذا أحل المال لم يكن للمرتهن أن يقبض منها شيئًا؛ لأنها ملك العبد لا ملك المولى لكن يمسكها حتى يستوفي من الراهن دينه إلا أن يشاء المعتق أن يجعل القيمة قضاء لحقه ويرجع به على الراهن متى أيسر. **والثالث**: ذكر بشر بن الوليد لو أعتق المشتري العبد المبيع قبل أداء الثمن وهو معسر لا سعاية على العبد؛ لأن المبيع مضمون بالثمن لا بقيمته والثمن لا يسقط عن المشتري بالإعسار، وقال أبو يوسف في (**نوادر هشام**): يسعى العبد في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المولى؛ لأن المبيع في يد البائع بمنزلة المرهون؛ لأنه محبوس بالثمن وهذا يسقط الثمن بهلاكه في يد البائع وقال أيضًا في الرهن: أملا لو كان المشتري قبضه بغير إذن بائعه وباعه من آخر فأعتقه المشتري الأخير قبل قبضه من المشتري الأول جاز عتقه ما دام العبد في يد المشتري الأول.

وإن كان في يد البائع الأول لم يجز عتق المشتري الأخير وفي موضع جاز عتقه

ببيع البائع الأول المشتري الأخير بقيمة العبد ويكون في يده محبوسا حتى يستوفي الثمن من المشتري الأول ثم يرد القيمة على المشتري الأخير إلا أن تكون هذه القيمة بقضاء قاضٍ فكان البيع من المشتريين فلا ترد هذه القيمة المشتري الأخير لكن يرجع المشتري الأخير على البائع الثاني بهذه القيمة.

(باب تصرف المرتهن في الرهن)

(**المبسوط**): وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن خلافًا لبعض الناس؛ لأن النائب له حق الإمساك والاحتباس دون الانتفاع والارتفاق، وكذلك ليس للراهن أن ينتفع به بغير إذن المرتهن خلافا للشافعي؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق وذلك بأن يضجر الراهن بحبس الرهن فيسارع إلى قضاء الدين ولا يتحقق ذلك ما لم يصر محجورًا عن الانتفاع، وقوله عليه السلام: "**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**"[(١)] معناه يركبها للسقي والعلف ويحلبها ليكون ذلك رهنًا لا ليتركها حتى تضيع أو تهلك الدابة.

ولو انتفع المرتهن بالرهن من غير إذن الراهن يصير غاصبًا؛ لأنه استعمل مال غيره بغير إذنه فيصير ضامنا حتى لو هلك في يده يضمن قيمته ويكون رهنًا مكانه إذا كان الدين مؤجلا؛ لأن قبض الراهن يفوت بالاستعمال وهو القبض للاحتباس والإمساك وصار قبضه للاستعمال فلم يبق قابضا بحكم الرهن وصار قابضا بجهة الغصب وإن ترك الانتفاع فهو رهن على حاله؛ لأن عقد الرهن لا ينفسخ بالاستعمال فكان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، ولو هلك في حالة الانتفاع بإذنه هلك بغير شيء؛ لأن استعماله بإذن الراهن كاستعمال الراهن، ولو استعمل الراهن بإذن المرتهن فهلك في حالة الانتفاع لم يسقط الدين؛ لأنه لم ينو القبض بجهة الرهن فلم يصر مستوفيا الدين بهلاك الرهن فكذا هذا، وإن ترك الاستعمال فهو رهن حتى لو هلك يسقط الدين؛ لأن العقد السابق مطلق وهو قائم

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٣٤٧).

لم يرتفع بزوال القبض المترقب عوده المتوهم وجوده في كل ساعة ولحظة إلا أنه ارتفع حكمه وهو الضمان في زمان لا يرتفع في زمان آخر كما في الوديعة الأمر من بالحفظ لا يرتفع بالخلاف الواقع المترقب زواله فكذا هذا وكذلك إن أعاره أحدهما من الآخر فهلك حالة الانتفاع لم يضمن وبعده يضمن؛ لأن الضمان لا يجب مع صدور الإذن من صاحب الحق بالانتفاع.

وليس للمرتهن أن يؤاجر ويعير؛ لأنه لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن أجره بغير إذن الراهن فالأجرة له ويتصدق بها؛ لأنه بالإجارة صار غاصبا والغاصب إذا أجر المغصوب فالأجرة له ويتصدق بها عندهما خلافا لأبي يوسف لما عرف.

وإن أجر بإذن الراهن فالأجر للراهن وينتقض الرهن بخلاف ما لو أعار بإذن الراهن لا ينتقض الرهن والفرق أن الإجارة عقد لازم لا يملك المرتهن إبطاله وإعادة العين إلى يده؛ لأن بالإجارة صارت اليد حقا للمستأجر فلا يتصور أن تبقى اليد حقا للمرتهن فتضمنت الإجارة بطلان حقه فغاب المعقود عليه فأوجب انتقاض العقد، فأما الإعارة ليست بلازمة ولم تصر اليد حقا للمستعير فبقي له إمكان إعادة العين إلى يده فكأنه لم تفت اليد. باع المرتهن زوائد الرهن بغير إذن القاضي لم يجز بيعه ويضمن قيمته وإن خاف تلفه.

وإن جذ الثمار وحلب اللبن جاز استحسانًا؛ لأن المرتهن مأمور بالحفظ غير مأذون بالبيع وحلب اللبن وقطف الثمار من جملة الحفظ؛ لأنه تحصين وتصوين عن الفساد فيكون مأذونا فيه دلالة والبيع ليس من جملة الحفظ، فإن إزالة العين عن ملك المالك لا يكون حفظا للعين، فإن خاف الفساد ويمكنه صونه عن الفساد بأن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه أو يأذن له بالبيع إن كان المالك غائبا، وإن كان حاضرا يرجع إليه، وإن كان بعيدا من القاضي والمالك لو باعه بنفسه لا يضمن هكذا رُوي عن محمد رحمه الله؛ لأنه في مثل هذه الحالة يصير مأذونا من جهة المالك بالبيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الأرض ولا يؤاجرها؛ لأنه ليس لهما الانتفاع بالرهن.

(المنتقى): ولو أودع المرتهن المرهون إنسانًا بإذنه وهلك في يد المودع سقط الدين كما لو أعار من غيره بإذن الراهن فقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده؛ لأن عقد الرهن قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع في زمان لما بينا.

ولو أجره من أجنبي سنة بغير أمر الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الإجارة لم تصح؛ لأن الإجارة لاقت عقدا بقضاء مفسوخا للمرتهن أن يأخذها حتى يصير رهنًا كما كان، وإن أجاز بعد مضي ستة أشهر جاز ونصف الأجر للمرتهن يتصدق به ونصفه للراهن، وليس للمرتهن أن يعيدها في الرهن لما بينا. ذكر أبو الليث في (العيون): ولو أعار المرتهن الرهن من الراهن ثم مات الراهن، فإنه يرجع إلى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء؛ لأن الرهن لم ينفسخ بالإعارة فيكون الرهن في يد المستعير ككونه في يد المعير فكان مقبوضا له وبالموت انفسخت الإعارة فعادت يد المرتهن كما كانت.

ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن فولدت عند الراهن ثم مات فللمرتهن أن يعيد الولد في الرهن بحصته؛ لأن الرهن لم ينتقص بإعارة الرهن من الراهن فيسري حكمه إلى الولد.

(باب رهن المكاتب والمأذون)

(المبسوط): المكاتب كالحر في الرهن والارتهان.

وذكر الطحاوي أن على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز.

والصحيح هو الأول؛ لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء وهو في إيفاء الدين واستيفائه بمنزلة الحر.

رهن بالمكاتبة عبدًا فاعورَّ ذهب نصف المكاتبة؛ لأن العين من الآدمي نصفه وإن أبق بعتقه؛ لأن الإباق في معنى الهلاك ولكن لا يثبت الإباق إلا بالقضاء به؛ لأن الآبق هالك معنى؛ لأن المكاتب عجز عن الوصول إليه بالإباق إلا أنه قائم حقيقة؛ لأن الحياة أصل والموت عارض فيتصور عوده ويتوهم كرّه فلا يترجح جانب الهلاك على جانب القيام إلا بالقضاء، فإذا قضى بالإباق ثبت هلاكه فيحكم

بعتقه وإن وجد العبد رده أي عاد إلى ملك المكاتب ورجع بالمال، وله أن يمسك العبد حتى يأخذ المال والمكاتب حر بالعتق الأول؛ لأن المرتهن بالهلاك يصير مستوفيا ومتملكا مالية الرهن لا عينه بل يبقى على حكم ملك الراهن حتى يكون الكفن عليه ومتى عاد العبد على ملك المكاتب صارت المالية مع العين ملكا له فانتقض الاستيفاء؛ لأنه ظهر أن المستوفي وهو أن المالية لم تصر ملكا له فصار كما لو ظهر أنه كان مستحقا، ولا ينتقض العتق؛ لأن العتق لا يقبل النقض والإبطال.

فأما الاستيفاء يقبل النقض والإبطال. فرق بين الرهن وبين البيع، فإن المبيع متى عاد من الإباق لا يعود البيع، والمرهون متى عاد من الإباق يعود الرهن، فالفرق أن بهلاك المبيع قبل القبض ينفسخ البيع ولا يعود ثانيًا إلا بتحديد من ذي عقد وبهلاك المرهون حكما لا ينفسخ الرهن بل يتقرر؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء، والإيفاء إنما يتحقق بالهلاك فكان القضاء بالهلاك تقريرًا لعقد الرهن لا فسخا وإذا لم ينفسخ جاز أن يكون العبد رهنًا متى ظهر، وكذلك لو وجد به عيبا فرده على المكاتب يوم الدفع يرجع عليه بالمال ويمسكه حتى يأخذ المال.

(فصل)

رهن العبد التاجر وارتهانه جائز؛ لأنه قضاء واقتضاء وهو يملكهما كالمكاتب ولا يجوز أن يرهن عن غيره، وإن أذن له مولاه إذا كان عليه دين، وكذلك إذا أعاره ليرهنه فلو لم يكن عليه دين جاز بإذنه وكذلك المكاتب؛ لأنه بمنزلة الإقراض له وإقراض العبد المأذون المديون بإذن المولى غير جائز؛ لأنه إنما امتنع جواز إقراضه لحق الغرماء لا لحق المولى وغير المديون إنما لا يجوز إقراضه لحق المولى فيجوز بإذنه ولا يرهن العبد التاجر نفسه إلا إذا أجاز المولى ولا دين عليه؛ لأن بيعه نفسه لم يدخل تحت الإذن بالتجارة؛ لأنه لو دخل تحت الإذن لا يحجر والشيء لا يوجب صده، وإذا لم يجز بيعه لم يجز رهنه؛ لأنه لو ملك رهنه لا يحجر وينفي رهنه وارتهانه بعد الحجر كالمكاتب إذا عجز؛ لأنه لو قضى أو اقتضى ثم حجر عليه

كان ماضيا على حاله فكذا هذا، وإذا كان عليه دين جاز أن يرتهن مولاه، وإن لم يكن عليه دين لا يجوز؛ لأن صحة ارتهان العبد من المولى معلقة بوجوب الدين له على المولى فمتى وجب له دين على المولى صح ارتهانه منه وإلا فلا والعبد المديون يستوجب دينا له على مولاه فصح ارتهانه منه وغير المديون لا يستوجب فلا يصح رهن المولى شيئًا من متاعه وعليه دين لا يجوز.

وإن أجاز العبد والغرماء؛ لأنه تبرع؛ لأنه إقراض ماله من المولى والعبد لا يملك التبرع بإجازة الغرماء؛ لأن المانع من جواز التبرع قيام حقهم وأنه باقٍ بعد الإجازة. رهن العبد نفسه فأجازه الغرماء لم يجز لما بينا. رهن الصبي عن غيره بإذن أبيه لم يجز؛ لأنه تبرع والصبي لا يملك التبرع بماله بإذن وليه لما فيه ضرر به.

(باب رهن [المضارب][1] والشريك)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في رهن المضارب وارتهانه.

والثاني: في رهن الشريك المفاوض أو العنان.

(فصل)

مسائله على **أربعة أوجه**: إما أن يكون رب المال أمره بالاستدانة والرهن جميعًا أو لم يأمره بهما أو أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن أو على العكس، فإن أمره بالاستدانة والرهن جاز كلاهما وتفسير الاستدانة على المضاربة أن يشتري شيئًا بنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس مال المضاربة شيء بأن صار مال المضاربة كلها عروضا، فأما إذا بقي شيء من رأس المال لا يكون مستدينا على المضاربة بل يكون مشتريا للمضاربة ثم الاستدانة على المضاربة بأمر رب المال يجوز على وجه الشركة؛ لأنه لم يوجد من رب المال تسليم رأس المال في هذه الاستدانة ومن غير رأس المال لا تجوز المضاربة لما عرف، وإذا تعذر تجويزها على وجه المضاربة

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المكاتب.

جوزناها على وجه الشركة شركة الوجوه فيكون المشترى بينهما والثمن عليهما؛ لأنه بالشراء على المضاربة والربح في المضاربة كان بينهما نصفين فلا يكون الربح بينهما نصفين إلا وأن يكون المشترى بينهما نصفين، فإذا رهن به شيئًا من مال المضاربة بأمر رب المال جاز؛ لأنه إما ملك رب المال إذا لم يكن فيه ربح أو ملكهما إذا كان فيه ربح وأيهما كان فهو جائز.

فإن هلك وفيه وقاء صار على المضارب نصفه إذا لم يكن في مال المضاربة ربح؛ لأن رب المال صار قاضيا دينه ودين المضارب من خالص ماله بأمره فيرجع بما قضى على المضارب وهو نصف الرهن؛ لأنه قضى بأمره.

وإن كان لم يأمره بهما فعلى المضارب قيمته كلها؛ لأنه لا يجوز الاستدانة والرهن على رب المال؛ لأن رب المال بعقد المضاربة أمره بأن يشتري بما دفعه إليه من مال المضاربة فلم يكن له أن يشتري بأكثر منه وإذا لم يجز شراؤه على رب المال صار مشتريا لنفسه وقد رهن مال المضاربة بدين نفسه وليس له ذلك فلا يجوز فقد رهن مال رب المال بغير إذنه فضمن قيمته متى هلك.

وإن أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن فالاستدانة جائزة والرهن فاسد في نصيب المضارب؛ لأنه رهن مال المضاربة بدين نفسه، فإذا فسد الرهن في نصيبه فسد في الكل؛ لأن نصيبه مشاع ورهن المشاع باطل، فإذا هلك الرهن يضمن المضارب نصف قيمته لرب المال؛ لأنه صار قاضيا نصف دينه من مال المضاربة والنصف الآخر قضى به دين رب المال وله أن يقضي من مال المضاربة دين رب المال.

وإن أمره بالرهن ولم يأمره بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزًا؛ لأنه لما أذن له في الرهن ولا فضل في مال المضاربة فقد صار معيرا ماله من المضاربة ليرهنه بدينه وذلك جائز، فإذا هلك الرهن ضمن الأقل من قيمته ومن الدين.

ارتهن بدين من المضاربة جاز؛ لأن له أن يستوفي بأن باع للمضاربة وكان له أن يرهن المضاربة ألفين فاشترى عبدا بألف وقبضه ونقده ثم اشترى متاعًا بالألف الأخرى ورهن العبد جاز؛ لأنه صار مشتريا العبد للمضاربة؛ لأنه اشتراه برأس المال

فصار راهنا مال المضاربة وله ذلك؛ لأن له قضاء دين المضاربة. مات رب المال والمضاربة عروض فرهن منه شيئًا لم يجز وإن باع جاز؛ لأن المضاربة انتقضت بالموت فينبغي أن لا يملك شيئًا من التصرف في مال المضاربة كما لو كان رأس المال ناضًا وإنما ملك البيع؛ لأنه مأمور بتحصيل رأس المال بعد انتقاضها ولا يمكنه ذلك إلا بالبيع وليس في الرهن تحصيل رأس المال فلا يملك ذلك فكان بمنزلة ما لو كان بعض رأس المال دراهم ليس له أن يشتري بها شيئًا للمضاربة بعد موت رب المال؛ لأن هذا الشراء تفويت رأس المال لا تحصيله.

وقال بعض مشايخنا: تأويل ما ذكر في الكتاب أنه رهن شيئًا من مال المضاربة بدين نفسه، فأما إذا رهن بدين المضاربة جاز؛ لأن له أن يوفي دين المضاربة بعد موت رب المال.

رهن رب المال متاعا من المضاربة وفيه فضل عن رأس المال لم يجز، فإن لم يكن فيه فضل جاز؛ لأنه متى كان فيه فضل كان مشتركا بينهما فلا يجوز رهنه في نصيب المضارب فلا يجوز في نصيبه أيضًا؛ لأنه رهن المشاع ومتى لم يكن فيه فضل كان ملكه خالصا ويضمن إن أراد بقاء المضاربة؛ لأنه استهلكه وللمضارب فيه حق وهو حق البيع ورب المال لا يملك إبطال هذا الحق عليه ما دام عروضا ولا وجه إلى إبطال تصرفه؛ لأنه لاقى ملكه الخالص فيضمن قيمته صيانة لحقه كالراهن إذا أعتق المرهون ولأن صيانة ملك رب المال واجب وصيانة حقه واجب ويمكن صيانة كلا الحقين بأن يقضي بنفاذ تصرفات رب المال ويوجب عليه قيمته حتى تقوم القيمة مقام مال المضاربة فيحصل لنفسه الربح.

فأما إذا أراد فسخها لا يضمن؛ لأن إيجاب القيمة لا يقيد لأنا متى أوجبنا القيمة للمضاربة يصير رأس المال ناضًا فيكون لرب المال فسخها ومتى فسخها لا يضمن له شيئًا فإيجاب القيمة ابتداء لا يفيد فسخها فأما متى أراد إبقاء المضاربة فإيجابها يقيد.

(فصل)

رهن أحد شريكي المفاوضة بدين حياته رهنًا من المفاوضة جاز وهو ضامن له وليس لشريكه أن ينقضه؛ لأنه مطلق التصرف من جهة شريكه وجعل تصرفه كتصرف شريكه لما عرف ولأنه يملك أن يضع المفاوضة عند غيره على وجه لو هلك لا يضمن لشريكه كالإيداع والإعارة فلأن يملك أن يضع عند غيره على وجه لو هلك يضمن لشريكه حقه أولى؛ لأنه أوثق وآكد وإنما يضمن؛ لأنه أدى دين نفسه من مال شريكه، ولو أعار غيره ليرهنه جاز عند أبي حنيفة كالكفالة ولا يجوز عندهما كالقرض؛ لأن المعير للرهن مقرض ماله كالكفيل ثم إذا كفل أحدهما جاز عنده خلافا لهما فهذا على ذلك.

رهن أحد شريكي العنان متاعا من الشركة فهو على قسمين: إما أن رهن أو ارتهن، وكل قسم لا يخلو من **ثلاثة أوجه**: إما أن رهن بدين عليهما أدانه صاحبه، أو أدانهما جميعا، أو أدانه الراهن بنفسه.

وكل وجه لا يخلو: إما أن اشتركا على أن يبيعا جميعًا وشتى، أو اشتركا على أن يعمل كل واحد برأيه، فإن اشتركا على أن يعمل كل واحد برأيه فما رهن أحدهما أو ارتهن جاز على صاحبه في الفضول كلها؛ لأن هذا عمل في نصيب صاحبه برأيه وإن اشتركا على أن يبيعا معا أو متفرقا أن ولي الإدانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لأن له أن يقضي هذا الدين من مال الشركة؛ لأنه هو المطالب بهذا الدين.

وإن أدان صاحبه أو أدانهما جميعًا لا يجوز في نصيب صاحبه؛ لأنه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير إذنه ولم يكن هو مطالبا فيه؛ لأنه لم يقل له اعمل فيه برأيك حتى يجوز عليه في نصيب صاحبه، وإذا لم يجز رهنه في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه؛ لأن نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه إن هلك وهذا كله إذا كان الشريك راهنا، وإن ارتهن أحدهما بدين لهما ولم يشترطا في الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه إن ولي هو الإدانة بنفسه يجوز ارتهانه؛ لأنه ملك استيفاء هذا الدين لأنه وجب بعقده فيملك الارتهان به؛ لأنه استيفاء حكما، وإن ولي الإدانة

صاحبه أو وليا الإدانة بأنفسهما لا يجوز؛ لأنه لا يملك استيفاء نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان بنفسه، وإذا لم يجز من نصيب صاحبه ولم يجز في نصيبه أيضًا؛ لأنه مشاع وإن هلك في يد المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، وإن شاء رجع بها على صاحبه؛ لأن الرهن الفاسد في حق إفادة الأحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفيا الدين فصار مستوفيا نصيب صاحبه بغير إذنه بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقه والدين واجب بإدانة صاحبه فلصاحبه أخذ نصف الدين منه، فإن شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا، فإذا أخذ من المطلوب يرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن طعن عيسى وقال وجب أن لا يرجع؛ لأن المرتهن أجنبي في نصيب نصيبه، ولهذا لم يبرإ المطلوب عن حصة صاحبه فصار كما لو دفع الغريم رهنًا إلى أجنبي آخر ليجبر صاحب الدين ولم يجز وقد هلك في يده لم يضمن فكذا هذا والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفيا نصيب نفسه وصح استيفاؤه، وإن لم يكن له ولاية الاستيفاء كالموكل بالبيع لا يملك استيفاء الثمن ولو استوفى يصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغير إذنه وصار مضمونا عليه لأنا لو جعلناه أمانة في يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفى لنفسه، وإذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة في يده، فإذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك فيرجع بنصف ما بقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء في يده أمانة فمتى جعلنا نصيب شريكه أمانة في يده ابتداء احتجنا إلى أن نجعله مضمونا عليه انتهاء فجعلناه مضمونا في الابتداء قصرا للمسافة ولا كذلك الأجنبي أخذ رهنًا بدين لهما فقال شريكه لم يأخذه رهنًا وقال الآخر أخذت وهلك، فإن كان هو المتولي للبيع فالقول له، وإن كان وليه الآخر لم يصدق إلا إن أذن كل واحد لصاحبه بأن يعمل برأيه في الرهن؛ لأن الارتهان بمنزلة الاستيفاء فمتى ولي البيع يملك الاستيفاء فيملك الارتهان به ومتى لم يل لم يملك الاستيفاء في نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان به إلا بإذن صاحبه. كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز؛ لأنه يثبت للكفيل عن المكفول عنه دين إلا أنه في معنى دين المؤجل والرهن يجوز بدين مؤجل.

افترق الشريكان ثم هلك الرهن في يد أحدهما وقال أخذته بديني ودينك قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق، فإن كان هو أدان وحده في الشركة أو بعدها جاز عليهما؛ لأنه حكى أمرا يملك استئنافه للحال، فإنه لو ارتهن للحال جاز فيصدق فيما حكى، وإن كان الآخر أدانه أو أدانا جميعا فعلى المرتهن البينة أنه أخذه من الشركة؛ لأنه حكى أمرا لا يملك استئنافه للحال، فإنه لو ارتهن به للحال لا يجوز فلا يصدق فيما حكى إلا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال بعت وكذبه الموكل.

فضولي أخذ بدين الآخر رهنًا لا يكون مضمونا على الآخذ؛ لأنه دفع إليه المطلوب ليكون عدلا في الرهن؛ لأنه لم يخبره أن صاحب المال وكّله بذلك والأجنبي أخذ الرهن لغيره لا لنفسه فلا يكون مضمونا عليه حتى لو قال الأجنبي الفضولي وكلني بأخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن؛ لأنه لما كذبه لم تثبت الوكالة في زعمهما فصار القابض مطالبًا بردّه؛ لأنه ما دفعه إليه للأمانة كالوكيل بقبض الوديعة إذا كذبه المودع فله أن يرجع عليه فكذا هذا، ولو صدقه الراهن في الوكالة لم يرجع على الوكيل بشيء؛ لأن الوكالة تثبت في زعم الكل وقبض الوكيل كقبضه فيكون المطالب هو الموكل فقد أبرأه عن الضمان.

(باب هلاك الرهن ونقصانه وتغيره)

(المبسوط): مسائله على فصول:

[فصل](1) في هلاكه ونقصانه.

[وفصل](2) في تغيره.

[وفصل](3) في إحياء جزئه بعد هلاك كله.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): والثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): والثالث.

(فصل)

أرض مرهونة غلب عليها الماء فهي بمنزلة العبد الآبق؛ لأنه ربما يتسفل الماء فتصير الأرض منفعة فكان احتمال عودها منفعة قائمًا فلا يسقط الدين.

وذكر الحاكم في المختصر: لا حق للمرتهن على الراهن؛ لأن الرهن قد هلك؛ لأن هلاك الشيء بخروجه من أن يكون منتفعا به كالشاة إذا ماتت، ولهذا يبطل البيع إذا صارت الأرض بحرًا قبل القبض، فإن نصب الماء فهي رهن على حالها؛ لأنه جنى الرهن؛ لأنه صار منتفعا به فيعود رهنًا كالعبد المرهون إذا عاد من الإباق، فإن أفسد شيئًا منهما أو عفن يحل منها ما ذهب من الدين بحسابه؛ لأنه لم يجن النقص ولم يزل التوي عنه.

رهن عبدًا حلال الدم أو سرق عبد الراهن فقطع عند المرتهن فذلك في ضمان الراهن ولم يذهب من الدين شيء وبقي رهنًا بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما السرقة عيب فيقوّم سارقا وغير سارق ويقوّم حلال الدم وحرام الدم فسقط من الدين بمقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهنًا بحصة قيمته كذلك؛ لأن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده وبالاستحقاق لا يسقط شيء من الدين وعندهما بمنزلة العبد على ما عرف إذا اشترى عبدا حلال الدم.

ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا أو شرب الخمر فحد عبد المرتهن فدخله عيب يسقط من الدين بقدره؛ لأن المستحق بهذه الأفعال حد زاجر لا متلف، فإذا تلف منه شيء لم يكن التلف مضافا إلى الجناية الحادثة عند الراهن فيكون التلف حادثا في ضمان المرتهن. رهن ثوبا يساوي خمسة دراهم ومثقال ذهب يساوي عشرة بخمسة دراهم هلك الذهب وليس الثوب حتى يخرق يضمن قيمة الثوب يحتسب له من ذلك درهم وثلثان؛ لأنه ذهب يدها بالذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث؛ لأن بإزاء الذهب ثلثا الدين وبإزاء الثوب ثلثه وقد استهلكه المرتهن فيضمن قيمته فيرفع له من ذلك قدر ما بقي من دينه وذلك درهم وثلثي درهم فيرد الباقي من قيمة الثوب وذلك قدر ما بقي من دينه وذلك درهم وثلثي درهم ثلاثة

وثلث، فإن استهلك الذهب وهلك الثوب يذهب بذهاب الثوب ثلثا الدين ويضمن مثقال ذهب فيكون رهنًا عنده بثلاثة دراهم وثلث.

(فصل)

رهن ذمي من ذمي خمرًا فصارت خلًّا لا تنقص من قيمته تبقى رهنًا؛ لأن بالتغيير من وصف المرارة إلى الحموضة ازدادت المالية ويقومها مع بقاء العين بحالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلبا فانكسر وبقي الوزن على حاله ثم عندهما يجبر الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذه، وإن شاء ضمنه خمرا مثل خمره فيصير الخل ملكا للمرتهن، وعند محمد رحمه الله إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء جعله بالدين كما في مسألة القلب إذا انكسر ونفى يأتي في بابه.

ارتهن المسلم من كافر خمرا فصارت خلًّا فالرهن باطل ويكون الخل أمانة في يده للراهن وهو بالخيار إن شاء أخذه وقضاه دينه، وإن شاء يدع الخل بدينه إن كانت قيمة الخمر يوم الرهن كالدين؛ لأن المسلم يجوز أن يضمن الخمر للذمي بالغصب والإتلاف فيجوز أن يضمن الخمر بالرهن؛ لأنه بسبب الضمان والمضمون متى تعيب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خمرا من ذمي فصارت خلًّا في يده يخير الذمي؛ لأن الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع ما لا يصلح له الخل فصار الخمر كالهالكة من وجه ولا وجه أن يضمن المرتهن خمرا مثل خمره؛ لأن المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن يترك الخل عليه ويضمن النقصان؛ لأنه يؤدي إلى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل وضمن الدين كله؛ لأنه يتضرر به فقلنا بأنه يجعله بالدين ليندفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا، وإذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا بخلاف ما لو ارتهن الكافر خمرا من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن؛ لأن الخمر لا تصير مضمونة على الكافر لمسلم، فإن قبضها بجهة الضمان كما في الغصب والإتلاف. ارتهن مسلم من مسلم عصيرا فصار خمرًا فللمرتهن تخليلها ويكون رهنًا ويبطل من الدين بحساب ما نقص يعني من الكيل

والوزن بقذف الزبد؛ لأن في التخليل إحياء حق المرتهن وإصلاح الفاسد فله ذلك وفي إبقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير المبيع إذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذا هذا والدين يسقط بانتقاص الرهن؛ لأنه احتبس عنده بعض الرهن ولا يسقط بانتقاص القيمة كما إذا تغير السعر، وإن كان الراهن كافرا يأخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلما فخللها لم يضمن والفرق أن هناك لا ضرر على الراهن في إيفاء عقد الرهن إلى ما بعد التخمير بل له منفعة؛ لأن ماله يصير متقوما بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفا ماله بل محييًا لماله فلم يضمن، أما هاهنا في إيفاء العقد إلى ما بعد التخمير إضرار بالراهن؛ لأن لأهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرض بكون الخمر رهنًا فلو بقينا عقد الرهن بعد تغير ملكه في حقه يؤدي إلى الضرر به؛ لأن الخمر مع العصير جنسان مختلفان في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وإنما عقد على العصير فلا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن، فإن خللها يضمن قيمتها؛ لأنه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا.

رهن ذمي من ذمي جلد ميتة ودبغه المرتهن لم يكن رهنًا وأخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة إن كان لها قيمة؛ لأن جلد الميتة ليس بمال عند أحد فلم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزًا لحدوث المجلبة من بعد كما لو رهن من مسلم خمرا فصارت خلًّا، فإذا دبغه بشيء له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب إنسان بصبغة فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا. رهن ذمي من ذمي خمرا ثم أسلما لم يبق رهنًا أي لم يبق مضمونا، فإن خللها أو تخللت فهي رهن؛ لأن الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة للمسلم على أحد ولكن لا يبطل الرهن؛ لأنه إنما خرج من أن تكون مضمونة لمعنى يتوهم زواله، فإذا زال العارض بأن صارت خلا يكون رهنًا على حاله؛ لأن في إبقاء الرهن فائدة وينبغي أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتخليل.

(فصل)

ولو رهن شاة فماتت ودبغ جلدها فهو رهن والمرتهن متبرع في الدبغ؛ لأن حكم الرهن وهو الاستيفاء يتأكد ويتقرر بالهلاك والشيء لا يبطل عند تأكد حكمه وتقرره فبقي العقد، فإذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائمًا فثبتت حكمه بقسطه؛ لأن عود المالية في حق الجلد بالدباغ كان مترقبا فكان إيفاء العقد مقيدًا كالعصير إذا تخمر والعبد الآبق إذا عاد من الإباق يكون رهنًا فكذا هذا، بخلاف الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض فدبغ جلدها لا يعود البيع؛ لأن العقد هناك انتقض بالموت قبل القبض ولا عود للبيع بعد الانتقاض قيل في البيع أنه يعود أيضًا لما مر في البيوع ثم الجلد بكم يصير رهنًا وأنه لا يخلو من **ثلاثة أوجه:** إما أن كانت قيمة الشاة مثل الدين أو أكثر أو أقل، فإن كانت مثل الدين بأن كان الدين عشرة والشاة تساوي عشرة يوم ارتهنها ينظر كم كان يساوي جلدها ولحمها يوم الارتهان؛ لأن الأصل يوم أن قيمة الرهن إنما يعتبر يوم الارتهان، فإن كان الجلد يساوي درهما واللحم يساوي تسعة فالجلد رهن بدرهم وسقط من الدين تسعة؛ لأن بإزاء الجلد درهمًا وبإزاء اللحم تسعة، وإن كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كانت قيمتها عشرين والدين عشرة ينظر إن كان الجلد يساوي درهما والباقي تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم، وإن كانت قيمتها أقل من الدين بأن كانت تساوي خمسة والجلد درهم واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقي الجلد رهنًا بستة؛ لأن بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقي الدين خمسة، فإذا دبغ الجلد فقد حتى خمس الرهن فعاد خمس الدين الذي كان بإزائه وهو درهم وسقط أربعة التي كانت بإزاء اللحم لأنه لم يزل التوي عن اللحم وكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنًا بستة مضمونًا بستة بدرهم؛ لأن كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته فكذا الجلد هذا إذا دبغ بشيء لا قيمة له، فإن دبغ بشيء له قيمة، فإنه يستحق المرتهن الحبس بما زاد الدباغ فيه كالغصب، فإذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الأول؟

قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: لقائل أن يقول: يبطل الرهن الأول في حق الجلد ويصير الجلد رهنًا بما زاد الدباغ فيه كما لو رهن الراهن هذا العين بدين حادث ولقائل أن يقول يبقى الرهن الأول ويصير محبوسا بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن أن يفتكه ما لم يرد ما بإزائه من الدين وقيمة الدباغ؛ لأن المالية التي اتصلت بالجلد مع الجلد؛ لأنها وصف له والوصف تبع الأصيل إلا أنه لا يمكنه حبسها لا بحبس الجلد فاستحق حبس الجلد تبعًا لحبس مالية الجلد وحبس الجلد كان ثابتا بعقد الرهن أصلا ومقصودا فلا يرتفع بما هو ثابت تبعًا إذ الثابت تبعًا دون الثابت مقصودا ولا شيء والشيء لا يبطل بما هو دونه فبقي الأول وثبت الثاني؛ لأن سببه قد تحقق وأنه لا يمكن رده.

(**المنتقى**): مسائله على فصلين:

فصل في الهلاك والنقصان.

وفصل في الرهن ببعض الدين ثم ببعض آخر.

(فصل)

رهن المطلوب عبدًا قيمته ألف بألف ورهن الكفيل لها عبدًا قيمته ألف قال: إن مات أحدهما مات بخمسمائة؛ لأن كلا الرهنين قد صحا فينقسم الدين عليهما نصفين كما لو رهنا عبدين معًا.

وذكر في آخر هذا الكتاب من (**المنتقى**): إن لم يكن علم بالرهن الأول ضاع بألف.

ولو لم يكن كفيلا بالدين ولكنه تبرع بالرهن قبل أن يهلك عبد المطلوب هلك بالألف كلها، وإن هلك عبد المتطوع هلك بخمسمائة؛ لأن المطلوب رهنه ولا رهن بالدين فيكون رهنًا بجميع الدين والمتطوع رهنه وبالدين رهن فلا يصير رهنًا إلا بخمسمائة.

ونظيره ما روى هشام عن محمد رحمهما الله: رهن أجنبي بدين آخر وهو ألف عبدًا بغير أمر المطلوب ثم أجنبي آخر رهنه عبدا آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز

والأول رهن بالألف والثاني رهن بخمسمائة؛ لأن الأول تبرع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهنًا بجميع الدين والثاني رهن وبالدين رهن فلا يصير رهنًا إلا بخمسمائة.

وذكر الحسن في (المجرد): عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا أبق عبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الإباق؛ لأنه بالإباق صار معيبا، فإنه لا يشترى بعد الإباق بما يشترى قبله.

(فصل)

رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبًا فقال: هذا رهن ببعض حقك وقبضه وهلك.

قال زفر: يهلك بقيمته؛ لأنه مقبوض بحكم رهن فاسد؛ لأن الرهن ببعض الدين فاسد؛ لأن المرهون به مجهول. وقال أبو يوسف رحمه الله: يذهب بما شاء المرتهن ويرجع عليه بفضل الدين؛ لأنه قبضه بحكم الرهن فيكون قبضه بجهة الاستيفاء والقول قول المستوفي في مقدار ما رهن به وأمكن تصحيح هذا الرهن لما جعلنا البيان إلى المرتهن في مقدار المرهون به.

رجل له على رجل ثلاثون درهما فرهنه ثوبا يساوي عشرة بعشرة من الثلاثين ثم رهنه ثوبا آخر قيمته عشرون درهما بعشرين من الثلاثين ثم رهنه ثوبا آخر قيمته ثلاثون درهما بالثلاثين كلها قال إن هلك الثوب الأول هلك بثلاثة دراهم وثمانية أتساع درهم، وإن هلك الثاني هلك بثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم، وإن هلك الثالث هلك لسبعة عشر درهما وتسعي درهم، ولو كان عليه مائة فرهنه ثوبا يساوي خمسين درهما بمائة ثم رهنه ثوبا يساوي خمسين بخمسين من المائة قال أيهما هلك بثلاثة وثلاثين وثلثين هلك الثاني هلك بأحد وأربعين وثلثين، وكذلك لو كانت الدراهم خمسون فيها سوداء أو خمسون بيضاء فرهنه ثوبا قيمته خمسون بالخمسين القبض ثم رهنه ثوبا آخر قيمته خمسون بالبيض والسود فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرناه.

(باب رهن المكيل والموزون)

(المنتقى): قال محمد رحمه الله: إذا كان الرهن مثل الدين كيلًا أو وزنًا أو أكثر وقيمته مثل قيمته أو أكثر ذهب بما فيه؛ لأنه صار مستوفيًا لمثل حقه.

وإن كان الرهن أقل من الدين كيلًا أو وزنًا أو قيمة أو كان مثله كيلًا، وإن كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ دينه وكذلك إذا فسد.

ولو رهنه كر حنطة تساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاعت الحنطة ذهبت بما فيها؛ لأن الرهن أكثر كيلا وقيمة؛ لأن الحنطة متى طحنت تزيد على كر الدقيق.

ولو رهنه كر دقيق يساوي مائة بكر حنطة يساوي مائة فضاع الدقيق غرم المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة؛ لأنه أقل كيلا منها وكذلك إذا فسد، ولو رهنه كرا جيّدًا بكرين رديئين والرهن يساوي كرا ونصفًا منهما فهلك.

قال زفر: يذهب بكر رديء؛ لأنه لا عبرة للجودة في أموال الربا فصار الكر الجيد رهنًا بكرين رديئين نصفه لهذا ونصفه بذاك.

وقال أبو يوسف: إن شاء ضمّنه مثل كره وأعطاه الدين، فإن شاء عير الكر بأحد الكرين وأعطاه الباقي؛ لأن الجودة في أموال الربا لها قيمة في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقة فصار كمن له الجياد إذا استوفى الرديء أو من له الرديء إذا استوفى الجياد وهلك له أن يرد المقبوض ويستوفي حقه عنده فهذا على ذلك. قال محمد رحمه الله: رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان فأصاب الكر الرهن ماء فنقصه مائة وكيله واف على حياله بعوض المرتهن كرًا يساوي مائتي درهم وخمسين؛ لأن الكر الرهن كان منه مائة مضمونة بأحد كري الدين، ألا ترى لو كان قيمة كر الرهن مائة فهلك ذهب بأحد الكرين الدين وكانت إحدى هاتين المائتين مضمونة بأحد كري الدين والمائة الأخرى ليست بمضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتهما ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الأخرى أمانة فلما أصابه ماء فنقص

من جودته مائة جعلنا نصفها من الأمانة ونصفها من الضمان فسقط عنه حصة الأمانة وهي خمسون درهمًا وغرم حصة الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين.

ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كرا قيمته مائتان وخمسة وعشرون؛ لأن النصف الهالك كانت قيمته مائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الأمانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة مكان المضمون منه، فأما النصف الباقي لما نقصه خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الأمانة خمسة وعشرين ولزمته حصة المضمون خمسة وعشرين ولزمه نصف كر يساوي مائة وخمسة وعشرين.

(باب افتكاك الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

[فصل][1] في كيفية الافتكاك.

[وفصل][2] في افتكاك على بدل الرهن.

[وفصل][3] في الافتكاك على ولده.

(فصل)

الرهن بالدين محبوس بكله سواء كانت قيمة الرهن أقل أو أكثر وسواء كانت عينا واحدة أم أعيانا مختلفة الجنس والقيمة والمنفعة وليس للمرتهن أن يسترد شيئًا من ذلك بقضاء بعض الدين؛ لأن الرهن محبوس بجميع الدين ولا تتوزع أجزاء الرهن على أجزاء الدين؛ لأنه يصير رهن المشاع وأنه باطل فيبقى حق الحبس ما بقي شيء من الدين، وإذا طلب المرتهن دينه يقال للمرتهن أحضر الرهن، فإذا

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): والثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): والثالث.

أحضر الرهن أمر الراهن بتسليم الدين إليه؛ لأن الرهن وثيقة للاستيفاء فكان له استدامة الوثيقة حتى يستوفي الدين ولأنه إذا لم يكن حاضرا وسلم الدين تأخر حقه في التسليم فلا تتحقق المعادلة وتحقيق المعادلة في المعاوضة واجب، وكذلك لو باع العدل الرهن بالدنانير أو قبل الرهن فقضى بالقيمة فقبضها المرتهن ثم طلب دينه، فإنه يؤمر العدل بإحضار الدنانير والمرتهن بإحضار القيمة، فإذا قبض دينه دفع القيمة؛ لأن الرهن يحول إلى الثمن وإلى القيمة؛ لأنه بدله.

ولو كان الرهن على يدي عدل وجعلا للعدل أن يضع عند من أحب وقد جعله العدل عند رجل وطلب المرتهن دينه من الراهن لم يؤمر المرتهن بإحضار الرهن؛ لأن الراهن لم يرض ببدل المرتهن فلا يلزمه إحضار ما ليس في يده. قال محمد رحمه الله: ألا ترى أن المرتهن لو أخذ الجارية من العدل كان غاصبا ضامنا فكيف يلزمه إحضار شيء لو آخذه كان غاصبًا ضامنًا.

ولو كانت الجارية في يدي المرتهن فالتقيا في بلد آخر يطالبه بدينه يؤمر بدفع المال إلى المرتهن؛ لأن المرتهن لا يلزمه أن يسافر بالمال؛ لأنه يلزمه موته في النقل أو يصير ضامنا في قول بعض الفقهاء وقد يحتاج إلى استيفاء حقه في حالة حاجة ماسة ضرورية فلا يجوز التأخير في قضائه.

رهن مائة شاة بألف كل شاة بعشرة وأدى عشرة ليس له أن يسترد شاة وفي رواية الزيادات برد شاة، وكذا لو رهن عبدين كل عبد بخمسمائة فقضاه خمسمائة ليس له أن يأخذ أحدهما على رواية (**المبسوط**): وفي رواية (**الزيادات**): له ذلك وهذا بناء على أن تتعدد التسمية وبيان الحصة بتعدد الصفقة على رواية (**الزيادات**): وعلى رواية الرهن تتحدد الصفقة، وجه رواية الرهن أن العقد متحد حقيقة ولا يصير عقودا متفرقة بتفرق التسمية، ألا ترى لو باع مائة شاة كل شاة بعشرة فنقد المشتري عشرة ليس له أن يأخذ شاة فكذا هذا. وجه رواية (**الزيادات**): أن الصفقة متحدة ذكرا متعددة معنى؛ لأن حصة كل واحد من الدين معلوم يقينا وإحاطة تسميته على حدة وهذا حكم عقود متفرقة والعبرة للمعنى لا للصورة بخلاف البيع؛ لأن في جعلها عقودًا متفرقة إلحاق الضرر بالبائع؛ لأن المشتري يقبل العقد في الجيد ولا يقبل في

الرديء وفي ذلك ضرر عليه؛ لأنه إذا زال الجيد عن ملكه لا يمكنه أن يروج الرديء بثمن الجيد وهنا ليس في جعلها عقودا متفرقة إلحاق الضرر بالراهن؛ لأن المرتهن إن قبل الرهن في الجيد دون الرديء لا يتضرر به الراهن؛ لأنه لا يزول الجيد عن ملكه حتى يبقى له الرديء لا غير.

(فصل)

عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به فالمدفوع رهن بجميع الألف ويجبر الراهن على افتكاكه عندهما.

وقال محمد رحمه الله: يتخير الراهن إن شاء افتكه، وإن شاء تركه عند المرتهن بالدين.

وقال زفر: يفتكه بقدر قيمته وسقط الباقي الدين.

لزفر: أن المقتول لو كان قائمًا ونقصت قيمته يبطل من الدين بقدر النقصان فكذلك بدله؛ لأنه قائم مقامه.

لمحمد: أن النقصان ما كان لفوات جزء من العين بل باعتبار تغيره وتبدله فصار كالمغصوب إذا قتله عبد آخر وقيمته أقل من قيمة المغصوب كان للمغصوب منه أن يطالبه بالقيمة فكذا هذا.

لهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لأن الثاني قام مقام الأول لحمًا ودمًا فصار التغير فيه بمنزلة التغير من حيث النقصان بتغير السعر، وكذلك لو كان العبد الرهن نقص من حيث السعر حتى صار يساوي مائة فقتله عبد آخر يساوي مائة ودفع به فهو على هذا الخلاف.

(فصل)

ارتهن أمتين فولدت إحداهما وقيمتهما سواء وقيمة الولد مثل قيمة الأم فماتت الأم يسقط ربع الدين ويفتك الولد بربع الدين والتي لم تلد بنصف الدين؛ لأن الولد لما بقي إلى وقت الفكاك وصار له حصة من الدين؛ لأنه جرى عليه قبض مقصود

من الراهن انقسمت حصة الأم عليهما نصفين لأنهما في القيمة سيَّان فصار بإزاء كل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل، فإن ولدت البنت يوم موت الأم بينما مثلها كان للبنتين ثلثا النصف؛ لأن البنت السفلى صارت تابعة للجدة لا لأمها في الرهن؛ لأنه لم يرد على أمها عقد وإنما ورد العقد على الجدة والعقد على الجدة قائم لم ينفسخ بهلاكها؛ لأن بهلاك الرهن يتقرر العقد ويتأكد بحصول ما هو المقصود منه وهو الاستيفاء، وإذا صارتا تابعتين للجدة صار كأن الجدة ولدتهما وانقسمت حصتهما عليهن أثلاثا إذا تعيبا إلى وقت الفكاك ولو ولدت ولدًا وولد ولدها ولدًا وقيمتهن سواء انقسم ما فيها من الدين عليهن لما بينا.

ولو اعورّت إحدى الابنتين ذهبت بموت الأم أربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من النصف، ولو كان هذا في الدقيق بقيت للبنتين ثلاثة أخماس النصف؛ لأن العين من الدائر ربعها فذهبت بالعور ربعها فصارت العوراء على أربعة أسهم لحاجتنا إلى الربع وصارت كل واحدة من الأخريين على أربعة أسهم فصار الكل اثني عشر جزءًا إلا أنه بالعور فات جزء منها ولم يسقط شيء من الذين لقوا به؛ لأنه فات كلها قبل الفكاك لم يسقط شيء من الدين فكذا إذا فات بعضها فيقسم نصف الدين على أحد عشر جزءًا فصار بإزاء العوراء ثلاثة وبإزاء الأم أربعة وبإزاء البنت الصحيحة أربعة، فأما العين في الآدمي نصفه فبالعوراء، فات نصف العوراء فصارت العوراء على سهمين وصارت كل واحدة من الأخريين على سهمين فصار الكل ستة وقد ذهب بالعور سهم بقي خمسة فيقسم على نصف الدين على خمسة بإزاء العوراء سهم وبإزاء الأم سهمان وبإزاء البنت الصحيحة سهمان.

(المنتقى): رهن رجلا ثوبين بعشرة قيمة أحدهما تسعة وقيمة الآخر ستة فاقتضى أربعة دراهم ثم هلك الثوب الذي قيمته ستة، كأن يقبل الثوب الباقي بدرهمين؛ لأن بهلاك الثوب الذي قيمته ستة صار مستوفيا للأربعة الأخرى؛ لأن العشرة متى قسمت على خمسة عشر نصيب كل ستة أربعة فبقي من الدين درهمان فلو هلك الذي قيمته تسعة أخذ الباقي بغير شيء وهلك الآخر بستة؛ لأن بمقابلته من الدين ستة ولو اشترى المرتهن من الراهن طعاما بعينه بذلك الدين فليس للراهن أخذ

الرهن قبل أن يوفيه الطعام؛ لأنه لا يصير مستوفيا وقابضا لدينه إلا بقبض بدله. قال أبو يوسف رحمه الله: لو قضى الراهن دينه وأخذ رهنه فباعه فوجد المرتهن الدراهم ستوقة له أن ينقض البيع؛ لأنه لم يصر مستوفيا لدينه ولو وجدها زيوفا لا ينقضه؛ لأنه صار مستوفيًا لدينه، وكذلك لو باعه بالدين عبدا واستحق لم يكن للمرتهن أن ينقض البيع، ولو وجده حرًّا له أن ينقضه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله عن قوله في الستوقة والحر وقال لا ينقض البيع ولكن يضمن الراهن قيمته فيكون رهنًا، ولو كان الرهن قائمًا في يد الراهن كان للمرتهن أن يرده إلى يده في جميع ذلك، وإذا دفع المرتهن الرهن إلى رجل وقال: اذهب مع الراهن إلى كورته واقبض منه المال وادفع إليه رهنه فقال له الراهن في بعض الطريق ادفع إلى هذا الرهن بيعه وأعطيك رهنًا هو أوثق منه ففعل الوكيل فضاع الرهن قال لا يهلك بالمال والمال على الراهن ولا ضمان على الوكيل في الرهن؛ لأنه دفع الرهن إلى الراهن فأمر المرتهن؛ لأنه دفع الرهن لاستيفاء الدين وقبضه منه وهو مأمور فيه وقد وصل الرهن إلى الراهن فقد انتقصت يد المرتهن فلم يصر مستوفيًا لدينه بهلاك الرهن.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في (**العيون**): هشام عن محمد رحمهما الله: رجل رهن عند رجل غلامين بألف درهم قيمتهما سواء ألف درهم، ثم قال الراهن للمرتهن إني قد احتجت إلى أحد الغلامين فرده عليّ ففعل قال الباقي رهن بالألف كلها، وإن مات مات بحصته؛ لأن بالرد عليه زالت يد الرهن فيكون الباقي في يده رهنًا بجميع الألف؛ لأن بعض الرهن يكون محبوسا بجميع الدين كما لو رهنه ابتداء إلا أن ابتداء الرهن إنما انعقد باعتبار القسمة على قدر قيمتها وبالاسترداد لم تنتقض تلك القسمة فهلك بالحصة.

(**الزيادات**): وإذا أراد الافتكاك يقال للمرتهن أحضر الرهن ويعطي الدين ثم يأخذ؛ لأن المرتهن ليس له حق حبس المرهون إلا بالدين ولو قبض الدين قبل إحضار الرهن كان حبسه بعد ذلك إلى وقت الإحضار لا بالدين فيكون ظلما، ولو جعل المرتهن مسلطا على بيعه فباعه بالنسيئة له مطالبة الراهن بالدين وليس له أن يقول أحضر الثمن لأعطيك دينك، وكذلك الرهن في يدي عدل وغاب لا يبطل

إحضار الرهن؛ لأنه عاجز عن الإحضار قبل حلول الأجل فكيف يكلف بالإحضار مع عجزه عنه وهذا؛ لأن حكم الرهن بطل من العين بالبيع ويصير الثمن رهنًا ابتداء بتراضيهما إلا أن يتحول حكم الرهن من العين إلى الثمن حتى لو توي الثمن على المشتري رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه؛ لأن حكم الرهن لما ثبت في الثمن ابتداء صار مضمونا على المرتهن فبهلاكه يصير مستوفيا لدينه فيلزمه رد ما قبض، ولو كان الثمن دون قيمة العين فبالنقصان يكون على الراهن ولو لم يبطل حكم الرهن عن العين لكان النقصان على المرتهن، ولو كان الرهن قبل في يد المرتهن وقضى بقيمته على العاقلة في ثلاث سنين لم يكن له المطالبة بالدين حتى يحضر القيمة؛ لأن حكم الرهن تحول من العبد إلى القيمة وتعذر على المرتهن إحضاره قبل حلول الأجل فصار تعذره كتعذر إحضاره العبد الغائب عند قيامه ولو كانا في غير بلد الرهن والرهن له حمل ومؤنة للمرتهن أن يأخذه بدينه ولا يجبر على إحضاره في هذه البلدة وفي البيع ليس له طلب الثمن في غير بلد البيع والفرق أن في البيع حق المطالبة بتسليم الثمن للبائع إنما ثبت بإزاء حق مطالبة المشتري بتسليم المبيع؛ لأنه عقد معاوضة فاقتضى تسليما بإزاء تسليم، فإذا لم يقدر البائع على تسليم المبيع لا يثبت له حق مطالبة المشتري بتسليم الثمن وفي الرهن حق المطالبة بتسليم الدين لم يثبت في حق المطالبة بتسليم الرهن؛ لأن حق المطالبة بتسليم الدين كان ثابتا قبل عقد الرهن فكان له أن يطالبه بحكم المداينة السابقة ولا يجبر على إحضار الرهن؛ لأن المرتهن في حق الرهن أمين فيه ومؤنة الرد لا تجب على الأمين.

ولو كان الدين منجمًا فحلَّ يجبر طالبه به ولم يجبر على إحضار الرهن؛ لأنه غير مقيد؛ لأن إحضار الرهن للتسليم إليه وباستيفاء نجم لا يجب عليه تسليم الرهن ولا يؤمر بإحضاره.

وإن ادعى الراهن التوي وهما في بلد الرهن كلف المرتهن إحضاره استحسانا؛ لأن فيه طمأنينة القلب من غير ضرر يلحق المرتهن، فإن رأى القاضي لا يكلفه ويحلفه بالله ما توي فله ذلك؛ لأنه ربما يكون فيه نظر للمرتهن؛ لأنه ربما لا يأمن

القاضي أن يخرجه الراهن من يده بالتغلب والتسلط ويعجز القاضي عن منعه بقوته وأعوانه فإنما يأمر بذلك فيما يرى من الصلاح لهما؛ لأنه نصب ناظرا للمسلمين.

(باب اختلاف الراهن والمرتهن)

(المبسوط): اختلفا في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن؛ لأن الراهن يدعي عليه زيادة إيفاء وهو ينكر فكانت بينته أكثر إثباتًا. ادعى عبدًا في يد غيره أنه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبد لي يقضي للمدعي؛ لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعي؛ لأنه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يدي عدل حتى يحضر الغائب بخلاف ما لو أقر بالملك للغائب لا ينزع من يده، والفرق أنه متى أقر بالرهن للغائب فقد أقر أنه ليس له حق الإمساك؛ لأن الراهن لا يصلح أن يكون حابسا وممسكا للمرهون، وإذا زعم أنه ليس له حق الإمساك نزع من يده، فأما إذا أقر بالملك لغيره لم يقر أنه ليس له حق الإمساك؛ لأنه يتصور أن يكون ممسكا لملك الغير بحكم النيابة.

ولو ادعى المرتهن هذا والراهن غائب يدفع إليه إذا قال غصبه ذو اليد أو أخذه مني بعارية أو إجارة؛ لأنه ادعى فعلًا على ذي اليد وأنكر ذو اليد فينتصب خصمًا له فلو لم يدع على ذي اليد الأخذ من يده لا يدفع إليه؛ لأنه لو ثبت الأخذ من يده وإنما ثبت مقتضى ثبوت الرهن والرهن لم يثبت فلا يثبت الأخذ من يده كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنه ملكه اغتصبه منه وأقام ذو اليد البينة على أنه وديعة عنده لفلان تقبل بينة المدعِي؛ لأنه ادعى فعلًا عليه فانتصب خصما له، فإن لم يدع الأخذ من يده لا تقبل بينته؛ لأنه لا ينتصب خصما فكذا هذا.

أقر المرتهن أن في يده رهنًا قيمته ألف بألف ثم جاء بما يساوي مائة فقال الراهن لم أرهنك هذا فالقول له إلا إذا يرجع سعره ما يساوي ألفا إلى مائة فالقول للمرتهن؛ لأنه إذا لم يعرف يغير السعر فالظاهر شاهد الراهن؛ لأن قيمة متاعه كانت ألفًا بإيفاء فهما وإن تغير السعر فالظاهر شاهد المرتهن.

ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن كافر فالقول للمرتهن والبينة للراهن وكذلك القصاص والسرقة؛ لأن الراهن يدعي عليه الإيفاء أو زيادة الإيفاء وهو ينكر فيكون القول له قال المرتهن: أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد وأقاما البينة فالبينة للراهن؛ لأن بينة الراهن ثبتت للضمان على المرتهن؛ لأن ضمان الرهن وهو الاستيفاء لم يكن ثابتا بالقبض السابق؛ لأن قبض الرهن قبل الهلاك كان استيفاء في حق الحبس لا في حق ملك العين وبالهلاك يصير قبض استيفاء في حق العين ولم يكن ضمان الاستيفاء ثابتا قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن باقية فكانت المثبتة أولى بخلاف ما لو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى؛ لأن الرد كان واجبا بالغصب السابق؛ لأنه أوجب رد العين حال قيامه ورد القيمة حال هلاكه فكانت بينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية البراءة فكانت المثبتة أولى. دفع إلى آخر قلبا ليرهنه له عند رجل بعشرة ووزن القلب عشرون فأمسكه وأعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك القلب، فإن تصادقا يرجع بالعشرة وكان أمينا في القلب، وإن تجاحدا فقال أقررت بأنك رهنته فلا شيء لك يقبل قوله بعد أن يحلف ما يعلم أنه أمسكه؛ لأن الوكيل أقر أولًا أنه رهن، فإذا قال لم أرهن فكأنه قال كذبت فيما أقررت به فأنكر المقر له فيكون القول للمقر له كما في سائر الأقارير فلا يرجع بالعشرة؛ لأنه ثبت الرهن وقد هلك فصار الآمر موفيا العشرة بهلاك الرهن وإنما يستحلف؛ لأن المقر ادعى ما يحتمله إقراره؛ لأنه يحتمل أنه لم يرهن غيره ورهنه من نفسه فلم يصر مناقضا إلا أنه خلاف الظاهر، فإذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالبيع، ثم قال كان تلجئة أو كان فيه خيار شرط، فإن قال الآمر للوكيل أقررت أنك رهنته ثم أقررت أنك لم ترهن فناقضت فأنت ضامن فله أن يضمنه قيمة القلب من الذهب ويضمن له العشرة. طعن عيسى وقال لا وجه لضمان القيمة لأنهما لو تصادقا أنه لم يرهنه لم يضمن فكذلك إذا تصادقا أنه رهنه، فإنه لا يضمن بالارتهان ولا بتركه، والجواب عنه أنه يضمن بجحود الأمانة؛ لأنه ثبت جحوده بالإقرارين؛ لأنه لما قال رهنته فقد

أقر أنه لم يكن في يده؛ لأن الرهن لا يتم إلا بالتسليم فلما قال لم أرهن صار قائلا إنه كان عندي وفي يدي وهو معنى الجحود، ومن جحد أمانة في يده ضمنها وصار كالمودع إذا قال ليس عندي، ثم قال كان عندي ضمن فكذا هذا.

(**المنتقى**): وإذا كان الرهن ثوبا فأذن له الراهن في لبسه يوما ثم جاء به متخرقًا فقال المرتهن تخرق من لبسي ذلك اليوم، وقال الراهن: لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن؛ لأن المرتهن ادعى البراءة عن الضمان باستعمال الثوب بإذن الراهن وهو ينكر فيكون القول له، فإن أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن أنه تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن؛ لأن الظاهر شاهد للمرتهن؛ لأن فعله وهو اللبس يسبب التخرق ظاهرا وغيره موهوم فيه فيحال التخرق إلى السبب الظاهر دون الموهوم.

(باب الدعوى والشهادة في الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في اختلافهما في الرهن.

وفصل في اختلاف الشاهدين في النطق.

وفصل في شهادة الراهنين أو المرتهنين بالمرهون بغيره.

وفصل في إقامة الرجلين البينة على الرهن.

وفصل في إقامة الواحد البينة على الرجلين في الرهن.

(فصل)

قال الراهن: رهنتك هذا العين وقبضته مني وأقام البينة والعين قائمة في يد المرتهن وهو ينكر، أو قال: بل رهنتني عينا آخر فأقام البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل بينة الراهن؛ لأن بينة المرتهن لا تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى ولأنه لا فائدة في قبول بينة الراهن؛ لأن للمرتهن رد ذلك، فإن الرهن غير لازم، وإن كانت

العين هالكة فالبينة للراهن إذا كانت قيمته ما يدعيه الراهن؛ لأن بينته تثبت زيادة إيفاء ببقية بينة المرتهن؛ لأن الرهن يصير إيفاء عند الهلاك لا في الحال فكان الثابت قبل الهلاك مجرد الحبس حقا للمرتهن وبعد الهلاك يصير إيفاء لدينه وهو حق الراهن. أقام الراهن البينة أنه رهنه عبدا بألف يساوي ألفين وقبضه وأنكر المرتهن ولم يبرئ العبد يضمن المرتهن قيمته كلها النصف يسقط بدينه ويؤخذ بالنصف؛ لأنه جحده فصار ضامنا بالجحود كالمودع جحد الوديعة يصير ضامنا للوديعة.

وكذلك إن سكت المرتهن لم يقر ولم يجحد؛ لأن السكوت جحود حكما، ألا ترى أنه لو ادعى على آخر شيئًا فسكت تسمع عليه البينة كما لو جحد.

ولو قال المرتهن: يساوي خمسمائة لا يسمع قوله؛ لأنه بخلاف ما قامت عليه البينة.

ولو قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين، وقال الراهن: أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن؛ لأن المرتهن يدعي عليه زيادة رهن وهو ينكر. الرهن عبد والدين ألف فذهب عين العبد وهو يساوي ألفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن: بل كانت خمسمائة يومئذ وإن زادت من بعده القول للراهن والبينة له أيضًا لأن القيمة للحال ألف فيكون الحال شاهدا على الماضي كمن استأجر طاحونة فاختلفا في جريان الماء وانقطاعه بحكم الحال فكذا هذا، والراهن بينته تثبت أكثر القيمتين والمرتهن ينفي الزيادة فكانت المثبتة أولى.

(فصل)

إذا أنكر الراهن الرهن فشهد أحدهما أنه رهنه بألف والآخر بألفين لا تقبل؛ لأن الدين بهذه الشهادة لم يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا اختلاف في المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن؛ لأن صحته منوطة بالدين وعندهما هو رهن بالأقل؛ لأنه ثبت دين ألف بهذه الشهادة عندهما إذا كان

المدعِي يدعي أكثر المالين. ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهي قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة، وقال المرتهن: عليه مائة وخمسين وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن؛ لأنه ثبت الدين وهو مائة وخمسون بتصادقهما عليه لا بالبينة وتصادقا أن العين رهن بمائة فصار رهنًا بمائة بتصادقهما على ذلك إلا أن بينة الراهن أكثر إثباتا؛ لأنه يثبت زيادة إيفاء على المرتهن أقام المالك البينة أنه استودعه وهو أقام البينة؛ أنه ارتهنه تقبل بينة المرتهن؛ لأن الرهن لازم فيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان في الوديعة فكانت بينة الرهن أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه ارتهنه ثم أودعه؛ لأن الرهن يرد على الإيداع فأما الإيداع لا يرد على الرهن إلا برضاء المرتهن. الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعا؛ لأن البيع لازم من الجانبين والرهن غير لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه رهن أولًا ثم باع؛ لأن البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع، وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ بينة الهبة؛ لأن الهبة توجب الملك للحال كالبيع.

ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض بحكم الشراء إذا كان في يد الراهن، فإن علم بتقدم الرهن كان أولى؛ لأن شراء المرهون لا يصح، فإن كان في يد المرتهن جعل رهنًا؛ لأن للمرتهن قبضا معاينا فلا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولأحدهما قبض معاين وأقاما البينة فصاحب القبض أولى.

(فصل)

شهد الراهنان بأن المرهون ملك آخر لا يقبل؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران لأنفسهما نفعًا ومغنما لأنهما يريدان إبطال حق المرتهن في الرهن عليهما وفي إبطال حق المرتهن عن الرهن يقع لهما في الجملة فتمكنت التهمة في شهادتهما فلا تقبل ولأن هذه الشهادة في معنى الإقرار، لأنهما يشهدان على أنفسهما لأنهما

يسعيان في بعض عقد وقد تم بهما وشهادة الإنسان على نفسه إقرار فهذا إقرار يتضمن بطلان حق المرتهن فلا يصح في حق المرتهن كما لو أقرا صريحا.

لو شهد المرتهنان لا يقبل لأنهما لا يجران إلى نفسيهما مغنما ولا يدفعان مغرما بل يضران بأنفسهما متى كان الرهن قائما، وإن كان الرهن هالكا لا تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان عن أنفسهما مغرما؛ لأن بهلاك الرهن سقط الدين وبرئ الراهن عن الدين تظاهرا ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما. باع رجلان متاعا بألف درهم من رجل على أن يرهنهما عبدا بعينه ثم شهدا أن العبد لرجل وقالا يرضى أن يكون ديننا بالرهن تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان على أنفسهما بإبطال حقهما في الحبس ولا يجران إلى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما ولا يسعيان في نقض عقد تم بهما، ولو طلبا رهنًا لا يقبل لأنهما يشهدان لأنفسهما برهن آخر ويسعيان في نقض عقد تم بهما وليس إليهما النقض.

(فصل)

ادعى الرجلان كل واحد منهما الرهن فهو على قسمين: إما أن ادعيا الرهن من واحد، أو ادعيا الرهن من اثنين.

فإن ادعى كل واحد الرهن من واحد ويقيم البينة فلا يخلو إما أن كان الرهن في يد أحدهما أو في أيديهما أو في يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرّخا في ذلك كله أو لم يؤرّخا فهو أولى به؛ لأنه ترجحت بينة ذي اليد باليد؛ لأن ملكيته باليد؛ لأن يده على أنه سبق ارتهانه ولأن يده صحيحة من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا أن يعلم ببطلانها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع في يد أحدهما، فإن أرّخا يقضى لأسبقهما تأريخًا لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو علمنا بالمعاينة أنه رهن من أحدهما أولا فهو أولى به فكذلك إذا كان علمنا بالبينة العادلة، وإن كان الرهن في أيديهما أو في يد الراهن إن أرّخا يقضى لأسبقهما تأريخا؛ لأن البينة التي أخرهما تأريخا غير مقبولة؛ لأنها قامت على رهن فاسد وكان

الذي هو أسبق يعود بإقامة البينة، وإن لم يؤرخا لا يقضى لهما قياسا وبه يأخذ، وفي الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه؛ لأن رهن كل واحد منهما ثبت بالبينة ولم يعلم سبق أحدهما فيجعل كأنهما وقعا معا كأنه رهن منهما بدينهما معا صح الرهن وصار العبد محبوسا بحق كل واحد منهما على الكمال. وجه القياس: أنه تعذر القضاء بالرهن منهما بعقد واحد بأن يجعل كأنه رهن منهما معا؛ لأنه يكون قضاء بما لم يشهد به الشهود، فإن كل فريق شهدوا أنه رهن الكل منه بعقد على حدة والقضاء بخلاف ما شهد به الشهود باطل وتعذر القضاء بالرهن لكل واحد منهما بعقد على حدة؛ لأنه حينئذ يكون قضاء بالرهن لكل واحد في النصف شائعا ورهن المشاع باطل بخلاف ما لو ادعيا الشراء من واحد يقضي لكل واحد بنصفه؛ لأن الشراء في النصف المشاع جائز هذا كله إذا كان في حال حياة الراهن، فأما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضى لكل واحد بنصفه رهنًا بنصف حقه يباع فيه عندهما وما بقي للغرماء، وقال أبو يوسف: لا يقضى لهما بشيء وهو بين الغرماء بالحصص قياسا؛ لأن القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وأنه باطل كما في حالة الحياة، ولهما: أن العقد مطلوب بحكمه لا لعينه؛ لأنه شرع ليكون وسيلة وذريعة إلى حكمه وحكم الرهن بعد الموت استيفاء الدين وصيرورته أحق به من سائر الغرماء في قضاء دينه لا في ملك اليد والحبس والمشاع لا يمنع الاستيفاء فلا يمنع القضاء بالرهن بعد الموت في حق هذا الحكم بخلاف حالة الحياة لأن ثمة المقصود من الرهن هو ملك الرهن اليد والجنس ولا يملك إثبات اليد والجنس في المشاع دائما فلا يمكن القضاء بالرهن. نظيره رجلان ادعيا نكاح امرأة وأقاما البينة لا يقضى لهما بشيء؛ لأن حكمه حال حياتها وهو السكن والازدواج وحصول الفضل لا يقبل الاشتراك وبعد موتها يقبل بينهما ويقضى بالميراث بينهما؛ لأن حكمه بعد الموت هو الميراث وأنه يقبل الاشتراك وبعد موتهما يقبل.

وأما **القسم الثاني**: لو ادعيا الرهن من اثنين وأقام كل واحد البينة على الارتهان من الحر والرهن في يد أحدهما فلا يخلو إما أن كان الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضرًا والآخر غائبًا، فإن كانا غائبين فذو اليد أولى، فإن كان

الخارج أسبق تأريخا؛ لأن بينة الخارج لم تسمع؛ لأنها لم تقم على خصم؛ لأن ذا اليد أولى ببينته كونه مرتهنا في حق ما في يده والمرتهن لا ينتصب خصما عن المالك كالمودع فكان الشيء رهنًا في يد ذي اليد كما يدعيه، وإن كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى؛ لأن كل واحد من الراهنين ينتصب خصما لصاحبه؛ لأنه يدعي أنه ملكه رهنه من المدعِي ويجعل إقامة البينة على المرتهنين وهما محتاجان إلى إثبات الملك للراهن ليصح رهنهما بمنزلة ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشيء في يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا، وإن كان راهن الغاصب حاضرا وراهن ذي اليد غائبا فذو اليد أولى؛ لأن المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي ملكا في الرهن كالمودع، فبينة الخارج قامت لا على خصم، وإن كان راهن ذي اليد حاضرا وراهن الخارج غائبا فكذلك، طعن عيسى رحمه الله وقال: حضرة راهن ذي اليد تكفي للقضاء للخارج؛ لأن راهن ذي اليد انتصب خصما للخارج؛ لأنه يدعي الملك لنفسه والرهن من ذي اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصما فيما يستحق لصاحبه؛ لأنه من باب الحفظ كما لو ادعى إنسان على المودع أن ما في يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعته إياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا. والجواب عنه: أن المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعي على راهنه حقا، فإنه يدعي دينا وهو غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل بينته على إثبات الدين ولا تقبل على إثبات الرهن أيضًا؛ لأن الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع؛ لأنه لم يدع على مودعه دينا بل يدعي الملك له فينتصب خصما في إثبات الملك له؛ لأن هذا من إثبات الحفظ.

(فصل)

ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه والمتاع لهما وهما يجحدان الرهن يستحلف من لم تقم عليه البينة، فإن حلف رد الرهن عليهما؛ لأنه لم يثبت الرهن في حقه فلا يقضي به في نصيب الآخر؛ لأنه يكون قضى بالرهن في نصف مشاع وذلك لا يجوز، فإن نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول

وعلى الآخر بالبينة، وإن كان المرتهن اثنين والراهن واحدًا فأقام أحدهما البينة أني ارتهنت وصاحبي بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبي يوسف، وعند محمد رحمهما الله يقضى به رهنًا ويجعل في يد المرتهن الذي أقام البينة وعلى يد العدل، فإن قضى الراهن المرتهن المقيم للبينة ماله أخذ الرهن، فإن هلك الرهن ذهب بنصيبه لا نصيب الجاحد ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيه.

لمحمد: أنه لا يمكن للمدعي إثبات الرهن على الراهن إلا بعد إثباته على صاحبه؛ لأن الرهن من اثنين لا يصح إلا بقبولهما جميعا وكان الرهن من صاحبه سببا لثبوت الرهن في حقه، ومن أنكر سبب ثبوت حق إنسان انتصب خصما له فقامت البينة على خصم، كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما لوضع في ثوبه الجاحد على يدي عدل؛ لأن الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حق المدعِي والراهن ما رضي لحفظ المدعِي وحده.

لأبي يوسف: أن ما يدعيه على صاحبه ليس بسبب لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه؛ لأن قبول صاحبه شرط لصحة الرهن منهما وليس بسبب لوجود قبوله؛ لأن قبوله لا يوجد بقبول صاحبه ولا يمكنه إثبات قبول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنًا من اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على إتيان الرهن على الغائب لما بينا فكذا هذا.

(باب رهن الذمي والحربي)

(المبسوط): الذمي في الرهن والارتهان كالمسلم؛ لأنه يساويه في القضاء والاقتضاء. رهن ذمي من ذمي خمرا فوضعها على يدي مسلم نزعت من يده ووضعت على يدي ذمي؛ لأن المسلم يصلح أن يكون وكيل الذمي في قبض الخمر إلا أنه يكره؛ لأن إمساك المسلم الخمر هاهنا سبب الفساد ولا يحل للمسلم أن يأتي بعمل يكون سببا للفساد فيجب نقض قبضه دفعا للكراهة المستأمن في الرهن والارتهان كالذمي؛ لأنه في الإبقاء والاستيفاء بمنزلته، فإن رجع إلى داره ثم أسره

المسلمون وله رهن في يد مسلم بدين عليه فقد بطل الدين؛ لأنه لا وجه أن يبقى الدين متعلقًا بماليته؛ لأن وجوب هذا الدين لم يكن في ملك الغانمين فتعذر القول ببقائه فسقط ضرورة وصار الرهن للمرتهن بذلك الدين عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعند محمد: يباع ويعطى المرتهن قدر دينه والباقي فيء لمن أسره.

لمحمد: أن بعد الأسر إنما يسقط الدين عن الحربي للضرورة لا بسبب موضوع لسقوطه فإن الأسر لم يوضع للإسقاط والإبطال وإنما وضع للإثبات فيعتبر الدين ساقطا في حق الأسر والمأسور ولا يعتبر ساقطًا في حق المرتهن، وفي حق الوثيقة الحاصلة بالدين لا يعد أمر الضرورة فبقي الدين متعلقا بالرهن بعد الأسر، كما لو كان لهذا الدين كفيل لا يعتبر الدين ساقطا في حق الكفيل حتى يطالب الكفيل به، وإن اعتبر ساقطا في حق المأسور فكذا هذا فملكه الغانمون مشغولا بالدين؛ لأنه لا يجوز أن يغتنم حق المسلم فيباع بدينه.

لأبي يوسف: أن الدين وإن بقي في حق المرتهن لكن يده مشغولة محتوية حافظة على هذا الرهن لنفسه من وجه، فإنه ثبت له ملك اليد والحبس عليه وكان قبضه وإمساكه دافعًا له ويده المستولية الحافظة الحابسة سابقة على يد الغانمين فيكون هو أحق به من الغانمين، كحربي أسلم في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على تلك الدار يكون هو أولى بما في يده؛ لأن يده سابقة على يد الغانمين فكذا هذا، فإن كان عنده رهن لمسلم أو ذمي رد الرهن على صاحبه وبطل دينه في قولهم جميعا؛ لأن الأسر يزيل ملكه عن العين، فلأن يزيل عن الدين أولى؛ لأن بالاسترقاق خرج من أن يكون مستحقا للملك ولا يخلفه الغانمون في ديونه؛ لأن الغانمين إنما يملكون مال الحربي بالاستيلاء عليه والاستيلاء إنما يتحقق على العين لا على الدين ومتى بطل دينه بالأسر يرد الرهن على الراهن كما لو سقط دينه بالهبة أو الإبراء ولا يملكه الغانمون بالاستيلاء؛ لأنه مال المسلم. ارتهن الحربي من حربي رهنًا وقبضه ثم دخلا دارنا بأمان فاختصما لم يقض بينهما فيه لأنهما لم يرضيا بلزوم أحكامنا بدخولهم دارنا فيما فعلوا في دار الحرب، ولو خرجا مسلمين أو ذميين يقضى ويمضي الرهن لأنهما راضيان بلزوم أحكامنا مطلقا.

(فصل)

ورهن المرتد وارتهانه موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله لما عرف ثم لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن كان الرهن كسب الإسلام والدين وجب في حالة الإسلام، أو كان كلاهما في الردة، أو كان أحدهما في الإسلام والآخر في الردة.

وكل وجه لا يخلو إما أن أسلم أو مات أو قتل على الردة، وإن كان الرهن من كسب الإسلام والدين وجب في الإسلام يهلك بما فيه إذا كان الدين والرهن سواء؛ لأن قضاء ذلك الدين كان واجبا عليه من اكتساب الإسلام وقد قضاه، فإن المرتهن قبضه على جهة الاقتضاء والاستيفاء وقد صح ذلك ولا يضمن قيمته للورثة؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه لو ضمن للورثة ضمن للورثة مثل ذلك للمرتهن في كسب الإسلام فلا يفيد فيسقط عنه الدين حتى لو كان قيمة الرهن أكثر من الدين، فإنه يضمن المرتهن الزيادة؛ لأن تضمين قلة الزيادة مفيد؛ لأنه لو ضمن المرتهن ذلك لا يضمن الورثة مثل ذلك، فإن كان الراهن من كسب الردة بدين الردة جاز ويهلك بما فيه؛ لأن تصرفات المرتد في كسب الردة نافذة عند أبي حنيفة رحمه الله، ألا ترى أنه لو باع شيئًا من كسب الردة جاز بيعه، فإن مات على الردة فكذا إذا رهن، وإن كان الرهن من كسب الإسلام بدين استدانه في ردته، فإن الرهن باطل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تصرفاته في كسب الإسلام باطلة عنده متى مات على ردته، فإن هلك عند المرتهن فهو ضامن لقيمته يردها على الورثة؛ لأنه متى بطل الرهن ظهر أن المرتهن قبض ملك الورثة لنفسه بغير إذنهم وقد هلك في يده فصار ضامنا ويكون دينه فيما اكتسبه المرتد في الردة؛ لأن سبيل دين الردة أن يقضي من كسب الردة بخلاف ما لو كان دين الإسلام، فإن التضمين لا يفيد؛ لأنه لو ضمن قيمته للورثة ضمن الورثة مثل ذلك من كسب الإسلام للمرتهن فلا يفيد التضمين، وإن كان الرهن من كسب الردة بدين الإسلام، فإن مات أو قتل على الردة فهلك فهو ضامن ويكون فيئًا مع كسب الردة ويرجع المرتهن بماله في كسب الإسلام؛ لأن تصرفاته في كسب الردة نافذة إلا بتبرعه وهذا تبرع منه؛ لأن اكتساب الردة يكون لثبت المال عنده والرهن

قضى منه دينه من حق غيره فكان بما صنع متبرعا بكسب الردة فبطل ويضمن قيمته لبيت المال وعندهما الرهن صحيح والمال الذي اكتسب قبل الردة وبعدها ملكه.

وارتهانه بكل دين وجب له حق القبض بالعقد كثمن البيع والأجرة ولو وجبت هذه الديون قبل الردة أو بعدها وكل دين وجب بحكم الملك لا بالعقد كبدل الخلع والكتابة ومهر المرأة والصلح عن دم العمد لا يجوز؛ لأنه استوفى في هذه الديون ثم مات أو قتل على الردة لم يصح فكذلك الاستيفاء حكما بالارتهان؛ لأن ولاية هذا الاستيفاء بحكم الملك وأملاكه موقوفة عنده فكذا ما ينبني عليه من الاستيفاء يتوقف، فأما الاستيفاء بحكم العقد صحيح؛ لأنه ينبني على العقد وعقوده التي عقدها قبل الردة غير موقوفة عنده. [والله أعلم بالصواب][1].

(باب رهن الفضة بالفضة ويسمى هذا باب رهن القلب)

(المبسوط): الأصل فيه أن عند أبي يوسف رحمه الله: الصياغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان، بل يعتبر حكمها حكم الوزن ولا يحصل تبعا للوزن إذا لم يؤد إلى الربا؛ لأنها مال متقوم بنفسها معتبرة حقا للعباد، ألا ترى أنه لو أوصى المريض بقلب وزنه عشرة وقيمته بصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة بأن لم يكن في ملكه إلا هذا القلب وخمسة عشر دينارًا تصح الوصية بقدر العشرة، كما لو كان وزن القلب خمسة عشر فقد ألحق الصياغة والجودة بالوزن في الوصية، وكذلك في الغصب فكذلك في الرهن فمتى حصل النقصان يكون النقصان شائعًا في الأمانة والمضمون فما كان في الأمانة ذهب مجانا وما كان في المضمون ضمن القيمة ويملك من الرهن بقدره.

والأصل عند محمد رحمه الله أن الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها في المعاملات وهي معتبرة في المتلفات والمضمونات ثم ينظر إن كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين إلى الوزن والأمانة إلى الصياغة، وإن لم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يكن في الوزن وفاء بالدين وفي قيمته وفاء لصياغته وجودته به يضم إلى الوزن من قيمة الصياغة مقدار تمام الدين ويجعل ذلك مضمونا وصرفت الأمانة إلى ما بقي من قيمة الصياغة؛ لأن الصياغة تابعة للوزن وهي بانفرادها لا يصح بقضاء الدين فكان صرف الدين إلى الوزن أولى من صرفه إلى الصياغة إلا عند الضرورة بأن لم يكن في الوزن وفاء بالدين، فإنه يتمم قدر الدين من الصياغة؛ لأنه يجوز أن يجعل التبع أصلا عند الضرورة والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الصياغة والجودة؛ لأن الوزن أصل والصياغة تبع له؛ لأنها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للأصل معتبر تبعا للوزن إلا إذا تعذر أن تجعل تبعا للوزن لم يعتبر بيعا والحق بالوزن كما في مسألة الوصية لأنا لو جعلنا الصياغة تبعا للوزن ثمة يصير موصيا بأكثر من ثلث ماله وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة لم تعتبر تابعة للوزن وفي حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين وفي حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة وكذلك الصياغة تصير مضمونة بالقيمة تبعا للأصل لئلا يصير التبع مخالفًا للأصل.

ثم المسائل على **ثلاثة فصول:**

فصل فيما إذا كان الوزن والدين سواء.

وفصل فيما إذا كان الوزن أقل من الدين.

وفصل فيما إذا كان الوزن أكثر من الدين.

وكل فصل ينقسم إلى قسمين: إلى حالة هلاك، وحالة انكسار.

والقسم الأول على **ثلاثة أوجه:**

إما أن تكون القيمة مثل الوزن، أو أقل، أو أكثر.

وكل قسم من الآخرين على خمسة أوجه لما تبين فصار الكل ثمانية وعشرين وجهًا.

(**الفصل الأول**): رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق؛ لأنه مثله وزنا وجودة فتم الاستيفاء بالهلاك وإن انكسر، فإن شاء الراهن أخذ المرهون وقضاه جميع الدين، وإن شاء ضمن قيمته من

الذهب فكانت رهنًا مكانه عندهما، وعند محمد رحمهما الله إن شاء الراهن يملك الرهن بالدين، وإن شاء أدى الدين وأخذ الرهن. لمحمد: أن قبض الرهن لم ينعقد موجبا لقيمة العين؛ لأنه صدر عن إذن المالك لا عن تعدٍّ فلا يصلح مناطا لضمان القيمة والعقد موجبا لضمان الرهن؛ لأن به يصير مستوفيا للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن فمتى تعذر إيجاب القيمة بالقيمة لزمه ضمان الرهن فجعلته بالدين إلا إذا كان يؤدي إلى الربا أو الإضرار بأحدهما وقد انعدم هنا كلاهما فجعلته بالدين.

لهما: أنه لا وجه إلى أن يملك المرتهن الرهن بالدين؛ لأن العقد لم ينعقد لتملك الرهن، فإن الرهن عند الهلاك لا يصير ملكا للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن بالقبض يصير مستوفيا لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الرهن ضمان استيفاء ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار الفائت؛ لأن الفائت بالانكسار هو الجودة دون القدر والاستيفاء إنما يتحقق من القدر دون الجودة ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار القائم؛ لأنه لا يمكن جعل المكسور ملكا للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك في العين فدعت الضرورة إلى أن يجعل مضمونا بالقيمة؛ لأن يملك الأعيان بقيمتها مشروع وهذا نفقة وهو أن الراهن إنما رضي بقبضه بشرط ضمان الرهن، فإذا تعذر إثباته لعدم رضاه بقبضه فصار كالقلب المغصوب إذا انكسر يكون مضمونا بالقيمة فكذا هذا.

فأما إذا كانت قيمته أقل من الوزن إن هلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا الوزن؛ لأن في اعتبار الوزن وإسقاط الجودة إضرارًا بالراهن ولا يجوز الإضرار لصاحب المال بإبطال حقه عن الجودة وفي جعله مستوفيا لدينه تعذر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية، فإذا تعذر جعله مستوفيا ضمن قيمته من خلاف جنسه، وأبو حنيفة اعتبر الوزن وبالوزن وفاء بجميع الدين فصار مستوفيا لدينه بالهلاك ولا يؤدي إلى إضرار بالمرتهن بغير رضاه؛ لأنه قبل الرهن مع علمه أن من حكم الرهن أن يصير مستوفيا بالدين بهلاكه صار راضيا باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى

تساويا في الوزن، وإن كان القلب أقل قيمة من دينه؛ لأن المساواة في أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة.

وإن انكسر ضمن قيمته عندهم جميعًا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد رحمه الله فلأنا لو جعلناه بالدين يؤدي إلى الإضرار بالمرتهن، وأما إذا كانت قيمته أكبر من الوزن وهلك تهلك بالدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن في الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار بالهلاك مستوفيا لدينه وفي الزيادة أمينا، وقال أبو يوسف رحمه الله خمسة أسداسه مضمونة وسدسه أمانة؛ لأن عنده الصياغة معتبرة ومتقومة إذا لم يؤد إلى الربا فصار كأن الرهن اثنا عشر وزنا فشاع الضمان والأمانة فيهما فيصير بقدر الدين مضمونا وأما إذا انكسر إن انتقص بالانكسار قيمة القلب من العشرة بأن صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن العبرة للوزن عنده وليس في الوزن وفاء بالدين فلا يمكن إيجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة، وعند أبي يوسف ضمن خمسة أسداسه؛ لأن عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثنا عشر فيكون بقدر الدين مضمونا والزيادة أمانة، وعند محمد رحمه الله إن شاء جعله بجميع الدين، وإن شاء افتكه بجميعه؛ لأنه مضمون بالدين حالة الهلاك فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار لما بينا، وإن لم تنتقص قيمة القلب من العشرة، فإن كانت قيمته بعد الانكسار أحد عشر أو عشرة فالرهن يضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس القلب، وعند محمد يضمن قدر وزنه؛ لأن في الوزن والقيمة وفاء بالدين فلم يتعثر شيء من المضمون فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار فيجيز الراهن على الفكاك كما قبل الانكسار، وعند أبي حنيفة حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعا للوزن، وعند أبي يوسف كلاهما مضمونان بالقيمة أصلا فيكون بعض الرهن مضمونا والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما.

(الفصل الثاني): لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على خمسة أوجه: إما أن كانت قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو مثل الدين وزيادة اثني عشر وكل وجه لا يخلو

إما أن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها الهلاك بثمانية ويرجع على الراهن بدرهمين والانكسار بالقيمة؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للصياغة وفي الوزن وفاء بقدر ثمانية إن لم يكن بالقيمة وفاء وفي الانكسار تعذر إيجاب ضمان الراهن لما بينا وأوجبنا ضمان القيمة، فأما عندهما إن كانت قيمته مثل وزنه ويهلك يهلك بما فيه ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالإجماع وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي يوسف.

وعند محمد: له خيار التمليك بالدين والافتكاك لما بينا، وإن كانت قيمته سبعة فعندهما نقص قيمته من الذهب ويرجع بدينه؛ لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن إن كان بقي بثمانية والقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه ثمانية، وإن شاء غرم قيمته سبعة ورجع عليه بدينه، فإن انكسر ضمن قيمته اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلأنه يمكن ترك القلب عليه بما فيه من الدين؛ لأنه إن ترك بثمانية يتضرر به المرتهن؛ لأن قيمة الرهن لا تفي بثمانية، فإن تركه بسبعة من جنسه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير مستوفيا ثمانية بسبعة، وإذا تعذر تركه بالدين تركنا عليه بالقيمة فينزل القلب عليه بسبعة من الذهب ويكون رهنًا عنده، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت بسبعة وهلك يهلك بوزنه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يغرم قيمته ويرجع بقيمته لما بينا وإن انكسر ضمن قيمته بالإجماع، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه مثل الدين، فإن كانت قيمته عشرة فعند أبي يوسف إن هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه، وإن انكسر ينزل عليه بخمسة أسداس قيمته؛ لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن، وإن كان الوزن اثني عشر يضمن بخمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا، وعند محمد إن هلك يضمن بقدر الدين بقيمة خمسة أسداس؛ لأن قدر درهمين من قيمة الصياغة أمانة عنده؛ لأنه يزيد على الوزن والدين جميعا ولا ضمان للمالك في الأمانة، وإن انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان وإن نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكبر من درهمين فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذ المكسور، وإن شاء ترك عليه بقيمته مضمونا من الذهب غير درهمين؛

لأن قيمة الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفي بالدين فيضمن من قيمة الصياغة ما يتم به الدين وذلك درهما فصار قدر درهمين من الصياغة مضمونا مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير مستوفيا ثمانية بعشرة وإن جعل مستوفيا ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزا عن الربا ونفيها للضرر عن الراهن.

(**الفصل الثالث**): ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر وهذا على **خمسة أوجه**: إما أن كانت قيمته مثل وزنه، أو أكثر من وزنه، أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أحد عشر أو مثل الدين عشرة، أو أقل من الدين ثمانية. وكل وجه لا يخلو: إما أن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها متى هلك يهلك بما فيه وإن انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب وعندهما إن كانت قيمته مثل الوزن إن هلك ذهب ثلثاه بالدين وثلثه أمانة، وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عندهما؛ لأن عندهما كان الهلاك بالدين والانكسار بالقيمة؛ لأن المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثه أمانة وبالانكسار يضمن قيمة المضمون لا الأمانة، وقال محمد إن شاء ملكه ثلثيه بدينه وأخذ الثلث، وإن شاء افتكه؛ لأن عنده كان الهلاك والانكسار بالدين؛ لأنه أمكن جعله بالدين وتمليكه به متى كان ورث ثلثيه وقيمته مثل الدين وهنا بالصياغة لم تردد قيمته على الوزن فلا عبرة للصياغة وتعينا لعبرة الوزن بعضه مضمون وبعضه أمانة، فإذا انتقص شيء من قيمته بالانكسار وقع التغير في بعض المضمون فيخير، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه نحو أن تكون القيمة عشرين، فإن هلك يهلك ثلثاه بالدين عندهم جميعا؛ لأن بثلثيه وفاء بالدين وزنا وقيمة ويهلك ثلثه أمانة، فإن انكسر ضمن ثلثيه عند أبي حنيفة؛ لأن المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن عنده فتصير الصياغة أيضًا مضمونة تبعا للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده، وعند أبي يوسف تضمينه نصفه؛ لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كأنَّ وزن القلب عشرون فترك نصف القلب عليه بنصف قيمته، وعند محمد رحمه الله ينظر إن كان نقص خمسة أو أقل لم يعتبر ويخير الراهن على الفكاك وإن نقص أكثر من خمسه

للراهن أن يسلم إلى المرتهن ثلثي الرهن بدينه والباقي له؛ لأنه عنده القيمة متى زادت على الوزن فهي قيمة الصياغة وهي أمانة؛ لأن الأمانة تصرف إلى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الأمانة وبقي الدين بحاله فيخير الراهن على الفكاك ومتى انتقصت قيمته عن الوزن فقد يغير ما هو المضمون فيتخير الراهن، فإن اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث؛ لأنه مهما أمكن تمليكه بالدين لا يملك بالقيمة عنده، وإن كانت القيمة أقل من وزنه وأكثر من الدين بأن يكون اثني عشر إن هلك يهلك ثلثاه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بالوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة أسداسه والأظهر أن يضمن منه قدر الدين؛ لأن قدر الدين مضمون عليه وذلك ثلثا القلب؛ لأن عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة، وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ما يساوي عشرة منه؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة وعندهما إن اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من اثني عشر جزءًا من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن، وإن كانت القيمة مثل الدين إن هلك يهلك بما فيه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بتخير؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة؛ لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير إن شاء جعله هالكا بما فيه، وإن شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهنًا عنده ويكون دينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه، وإن انكسر ضمن مقدار ثلثي القيمة عند أبي حنيفة لما عرف، وعندهما يضمن قيمته؛ لأن القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه لغيره، وإن كانت القيمة أقل من الدين بأن كانت ثمانية إن هلك يهلك بثلثي الدين والباقي يهلك أمانة عنده؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفي الوزن وفاء بالدين وزيادة وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفي الوزن إن كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية فيكون رهنًا عنده.

وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عنده لما عرف وعندهما الكل لما عرف.
ارتهن عشرة دراهم بيض لها صرف وفضل بعشرة سود يهلك بالسود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت قيمتها خمسة عشر سودًا فقد ضمن ثلثه وثلثه أمانة كما إذا ارتهن قلبًا وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه.

(فصل)

ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر سلم أو قرض وقيمته من الدين سواء، فإن هلك ذهب بما فيه؛ لأن بقيمته وفاء بالدين، وإن انكسر فعلى ما وصفنا من رهن القلب وزنه عشرة بدينار وقيمتهما سواء فانكسر؛ لأن الرهن من خلاف حبس الدين في المسألتين وثمنه يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهنًا بالدينار والقلب له، وعند محمد يترك عليه بالدين فكذا هذا. خاتم من الفضة وزنه درهم وفيه فص يساوي تسعة رهنه بعشرة فهلك الخاتم فهو بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تسعة من الدين بإزاء الفص ودرهم، بإزاء الحلقة فسقط تسعة بهلاك الفص وسقط درهم بهلاك الحلقة؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما في الوزن سواء وكذلك عندهما إذا كانت قيمة الحلقة درهمًا أو أكثر؛ لأن الحلقة والدين بمقابلته في الوزن والقيمة سواء، وإن كانت قيمة الحلقة أقل من درهم، فإنه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص، وللمرتهن خيار في الحلقة؛ لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وهاهنا إذا كان في الوزن وفاء فلا وفاء بالقيمة ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما إذا رهن قلبا وزنه عشرة بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما فكذا هذا.

رهن كر حنطة جيدة بكر رديء فأصابه ماء ففسد فعلى المرتهن كر مثله ويكون الفاسد له ويرجع بدينه عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة عنده تصير مضمونة تبعًا للكيل، وعند محمد إن شاء الراهن سلمه بالدين، وإن شاء أخذه معيبا وأعطاه دينه كما في انكسار القلب.

رهنه قلب فضة بعشرة على أنه لم يجبر بالعشرة إلى شهر فهو بيع والرهن جائز والشرط باطل؛ لأنه علق البيع بالحظر وتعليق التمليك بالحظر لا يجوز ولم يعلق الرهن بالحظر إلا أنه شرط فيه شرطا فاسدًا والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة.

ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهي بما فيه وإن انكسرت ذهب من الدين بحسابه؛ لأن الفلوس لم يكن مال الربا؛ لأنها لم تكن موزونة بل هي عددية فالجودة متقومة معتبرة في غير أموال الربا، ألا ترى من غصب من آخر فلوسا فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يخير الراهن؛ لأنه سقط بعض الدين بسبب فوات الجودة فلا معنى للتخيير بخلاف القلب؛ لأنه لم يسقط شيء من الدين بالانكسار إذا بقي الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن نفيا للضرر عنه وإن كسدت فالدين بحاله؛ لأنه لم يفت شيء من العين بالكساد لا الجودة ولا العين إنما تغير السعر وتغير السعر لا عبرة به. ارتهن طشتا بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه، وإن انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه؛ لأن للجودة قيمة في غير أموال الربا وما كان يوزن إن شاء أخذه مكسورا وأعطاه الدراهم، وإن شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما، وعند محمد رحمهم الله يترك عليه بالدين لا بالقيمة كما في القلب والله أعلم.

(أبواب الجنايات في الرهن)

(باب جناية الرهن)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الجناية على النفس.

والثاني: في الجناية فيما دون النفس.

(فصل)

العبد الرهن قتل رجلا خطأ فهذا لا يخلو إما أن كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء؛ لأن لأحدهما حقيقة ملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فانتصبا خصما فيشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء، فإن دفعاه بطل الدين؛ لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن وفي ضمانه بلا حلف فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء، فإن اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع؛ لأنه إن اختار الراهن الدفع فقد دام إبطال حق المرتهن في الجنس وهو لم يرض به.

وإن اختار المرتهن الدفع فقد رام إزالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك.

وإن أجاز الفداء كله على المرتهن؛ لأن الفداء لدفع الهلاك عن العبد وإحياء حقه بتطهيره عن الجناية كثمن الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه؛ لأن الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب إذا جنى فالفداء على الغاصب؛ لأن الهلاك عليه فكذا هذا ولا يرجع بالفداء على الراهن؛ لأنه قضى حقا واجبا عليه.

وإن فداه الراهن كان قضاء من الدين إن بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهنًا.

وإن بلغ بعضه فبقدره؛ لأنه غير متبرع في الفداء؛ لأن فيه استصلاح ملكه وإحياء ماله، فإن العبد مشغول بالجناية وبالفداء يطهره عن الجناية ويحيي ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في إصلاح ملكه وإحيائه فقد قضى حقا واجبا على المرتهن وهو مضطر فيه وكان له الرجوع عليه كمن أعاره عبده ليرهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير؛ لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه وتطهيره عن شغل الرهن فكذا هذا، فإن هلك الرهن في يد المرتهن بعدما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء؛ لأن الراهن بريء عن الدين بالإيفاء؛ لأنه صار موفيا دينه بالفداء، ثم اختلف مشايخنا أنه يرد الألف المستوفاة بالفداء أو الألف المستوفاة بهلاك الرهن. قال الفقيه أبو جعفر: يرد الألف المستوفاة بالهلاك؛ لأن الاستيفاء بهلاك الرهن وجد بعد الفداء ولم يستند إلى وقت الرهن؛ لأن الفداء حكم الجناية والجناية فعل

حقيقي لا يحتمل النقض والاستناد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقض فاقتصر الاستيفاء بالهلاك على الحال وكان الاستيفاء بالهلاك فكان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه في المرة الأخيرة، وقال غيره من مشايخنا: إنه يرد الألف الفداء كما لو قضى دينه ثم هلك الرهن يرد ما اقتضى منه وذلك؛ لأن القضاء بالفداء يحتمل النقض، فإن الراهن مع ولي الجناية لو بقضاء ذلك جاز فلو كانت الجناية لا تحتمل النقض فظهر الاستيفاء بالهلاك من وقت الرهن فيصير الاستيفاء بالهلاك سابقا على الاستيفاء بالفداء فيرد ما استوفاه آخرا وصار كما لو رهن بالمهر أو ببدل الخلع ثم استوفى المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض؛ لأن قضاء المهر يحتمل النقض، وإن كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو النكاح والخلع فكذا هذا كله إذا اختار الفداء أو الدفع، فإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى؛ لأن الذي اختار الدفع متعنت فيه أما الراهن فلأن في الرهن إبطال حق المرتهن في الحبس وإزالة ملكه عن الرهن، وبالفداء لا يبطل حق المرتهن بالحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء إلى حلف، فإنه يرجع به على المرتهن فكان الفداء أنفع له من الدفع والمرتهن بالدفع قصد إلحاق الضرر بالراهن من غير نفع تحصيل؛ لأن دينه يسقط في الحالين وفي الدفع إزالة ملك الراهن وفي الفداء إبقاؤه عل ملكه فكان متعنتا ولا عبرة لاختيار المتعنت. هذا كله إذا كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، فإن كانت أكثر بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفًا إن اختار الفداء فالفداء عليهما نصفان؛ لأن نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وتقدر الأمانة على الراهن اعتبارا للبعض بالكل، فإن فداه المرتهن فهو متبرع إن كان الراهن حاضرا، وإن كان غائبا يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة وعندهما لا يرجع في الحالين؛ لأنه قضى دينا عن غيره بغير أمره فهو غير مضطر فيه؛ لأن الراهن يخير على فداء النصف متى أحله المرتهن الفداء ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه؛ لأنه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الأمانة ولا كذلك الراهن. له: أن للمرتهن في نصف الأمانة حق الحبس والإمساك إن لم يكن مضمونا عليه وهو محتاج إلى إحياء حقه

وإصلاحه وفي الفداء إحياء حقه من وجه، فإنه يصل إلى حقه بإمساكه فيكون محتاجا إلى الفداء فلا يوصف بالتبرع بخلاف ما لو كان الراهن حاضرا؛ لأنه لا حاجة له إلى الفداء، فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضي يجبر القاضي الراهن على فداء الأمانة بخلاف المرتهن، فإن القاضي لا يجبره على فداء المضمون فيحتاج إلى الفداء.

ولو فداه الراهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعا اتفاقا وخرج عن الرهن لأنه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في إصلاح ملكه لا يكون متبرعا إلا أن يشاء المرتهن أن يؤدي نصف الفداء ولو دفعه الراهن فللمرتهن إذا حضر أن يبطل دفعه ويفديه؛ لأنه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا.

(فصل)

رهن عبدا قيمته ألف بألف ففقأ عين عبد قيمته مائة فدفع به وأخذ الأعمى فهو رهن بالألف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: يدفع العبد بجنايته وبما بقي من العبد المفقوء فيقوم المفقوء صحيحا وأعمى فيبطل من الرهن بقدره إن كان ثلثان مثلا يبطل ثلث الدين ويصير الأعمى رهنًا بما بقي من الدين، وإن شاء الراهن سلمه للمرتهن بما بقي من الدين، وإن شاء أخذه بما بقي.

وعلى هذا لو قيل: الرهن عبدا قيمته مائة فدفع به فهو رهن بالألف عندهما، وعند محمد رحمه الله للراهن خيار أن يأخذ ألفًا بل ويقضيه الدين، وإن شاء سلم له الرهن وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله الجثة العمياء تقوم مقام الفاقئ لحما ودما فكذلك تقوم مقام القيمة لزوما وحتما حتى لا يكون لصاحب الجثة العمياء أن يمسك الجثة ويضمن ألفًا في النقصان فيصير كأن ألفًا في يد المرتهن إلا أنه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين، وعند محمد قيمته الجثة العمياء تقوم مقام الجثة والعينين جميعا ويكون بدلا عنهما حتى إن له أن يمسك الجثة ويرجع بقيمته النقصان فكذلك العبد الفاقئ يكون بعضه بإزاء الجثة وبعضه

بإزاء العينين فما كان بإزاء العينين فات لا إلى بدل وما كان بإزاء الجثة فات إلى بدل فسقط ما كان بإزاء العينين ويبقى ما كان بإزاء الجثة، وعند أبي يوسف كذلك القيمة بإزاء الجثة والعينين متى اختار المفقوءة عيناه إمساك الجثة وتضمين النقصان، فأما إذا اختار دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالفاقئ كله يكون بدلا عن العينين لا عن الجثة؛ لأن الفاقئ إنما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم مقام الثابت بالجناية والفائت بالجناية العينان لا الجثة، وكان كما لو فقأ عينا واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوءة كان المأخوذ بدلا عن الفائت فكذا إذا فقأ العينين إلا أن بدل العينين بدل عن جميع الرقبة كما في الحر، والأصل أنه متى توفر على المالك بدل ملكه، فإنه يزال المبدل عن ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر إزالة العينين عن ملك المفقوءة لفواتهما عن ملكه فأزلنا الجثة عن ملكه قائمة مقام العينين والمدفوع كان بإزاء العينين فصار الرهن فائتا إلى حلف.

وإن كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين. عبد الرهن أتلف متاعا لرجل يباع فيه، فإن بقي من ثمنه شيء فهو رهن؛ لأنه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كأرش طرفه وفي المختصر، فإن بقي شيء فهو للمرتهن؛ لأنه بالبيع صار رد الهلاك في حقه فصار مستوفيًا ومتملكًا له فيكون الثمن بدل ملكه فيكون له. والله أعلم بالصواب.

[باب جناية الرهن بالحفر][1]

(المبسوط): رهن عبدًا بألف فحفر العبد عند المرتهن بئرًا في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه: إما أن وقع فيها دابة ثم دابة، أو وقع فيها إنسان ثم إنسان، أو وقع فيها دابة ثم إنسان، أو وقع فيها إنسان ثم دابة، فإن وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفًا فالعبد يباع في الدين إلا أن يفديه المولى؛ لأن العبد أتلف الدابة بالحفر والعبد إذا أتلف مال إنسان يقال لمولاه إما أن تبيع أو

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب رهن العبد فعمل عنده شيء.

تقضي دينه، فإن بيع بألف وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه؛ لأن العبد تلف في ضمان المرتهن؛ لأنه زال عن ملك المولى بسبب تحقق في ضمان المرتهن فيعتبر كما لو زال عن ملكه بالموت في يد المرتهن وقد استوفى دينه قبل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه بحقيقة الاستيفاء وصار كالعبد المغصوب إذا حفر في يد الغاصب في الطريق ثم رده على مولاه ثم تلف في البئر دابة فالحكم كما وصفنا فكذا هذا.

وإن وقع في البئر دابة أخرى قيمتها ألف يشارك صاحب الدابة الأولى ويأخذ نصف ما أخذه؛ لأنه يصير متلفًا الدابتين بالحفر من وقت الحفر تسببا؛ لأنه لا فعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفا الدابتين معًا فصارت قيمتهما دينا على العبد ولا يرجع الأول على الراهن بشيء؛ لأن حقه في ثمن العبد أو اكتسابه وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه، وأما إذا تلف فيها إنسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين؛ لأن العبد تلف بسبب كان في يده فيصير مستوفيا الدين من وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى بعد ذلك فيلزمه رد آخر الدينين.

فإن تلف فيها إنسان آخر بعدما دفع العبد مولى الثاني يشارك الأول في العبد لما بينا، وإذا وقع فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه إلى صاحبها ثم وقع إنسان فمات فدمه هدر وكان يجب أن ينقض البيع ثم يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع؛ لأن تلف الآدمي استند إلى وقت الحفر فصار كأنهما وقعا معا لا يهدر دم الآدمي بل يدفع العبد إلى ولي الجناية ثم يباع بدين العبد. والجواب عنه: أن نقض البيع لا يفيد لأنا لو نقضنا احتجنا إلى إعادة مثله ثانيا فيكون اشتغالا من القاضي بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد، فأما إذا وقع فيها آدمي فمات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة، فإنه يقال لولي القتل: إما أن تبيع العبد أو تقضي الدين؛ لأن الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر فكأنهما وقعا معا بدفع العبد إلى ولي الجناية أو يخير بين البيع والفداء فكذا هذا.

عبدان حفرا بئرا في الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها

فمات بطل نصف الدين وهدر دمه؛ لأنهما قاما مقام العبد الأول وأخذا حكم الأول، ولو وقع العبد الأول في البئر وذهب نصفه بأن ذهبت عينه أو شلت يده سقط نصف الدين فكذا هذا.

(باب الجناية على المرهون)

[(المبسوط)][(١)]: عبد مرهون بألف صارت قيمته ألفين بتغير السعر فقتله رجل عليه ألفان؛ لأن الإتلاف صادفه وكانت قيمته ألفين فصار كما لو غصبه غاصب يضمّن ألفان فكذا هذا.

فإن أدى ألفًا كان المرتهن أولى بها؛ لأن القيمة الأصلية كانت ألفًا ثم زادت ألف أخرى فكانت هذه الألف الزائدة تبعا للألف الأصلية حيث وجدت بسبب وجودها، فإذا ورد ورد الهلاك يصرف إلى التابع لا إلى الأصل والتابع جميعا؛ لأن فيه إلحاق التابع بالأصل ولا يجوز ذلك ولا يمكن صرفه إلى الأصل دون التابع؛ لأنه لا يمكن إيفاء التابع دون الأصل ولأن فيه ترجيح التابع على الأصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك إلى التابع ضرورة تحقيقا للتبعية كما في المضاربة يصرف الهلاك إلى الربح.

وإن كانت قيمته في الأصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفان وما توي بينهما؛ لأن كل واحد منهما أصل بنفسه فما توي يتوي على الحقين وما يخرج يخرج على الحقين.

عبد مرهون بألف قيمته ألف ثم نقص سعره إلى مائة فقتله حر ودفع إلى المرتهن مائة درهم وحل الدين ليس له غير ذلك، وكذلك لو أتلفه الراهن؛ لأن الاستيفاء بجميع الدين قد وقع؛ لأن هذه القيمة تقوم مقام كل العين وتسد مسدها؛ لأن العين لم تنتقص ولو كانت العين قائمة لم يكن له إلا ذلك فكذا إذا كانت قائمة حكما واعتبارًا لقيام بدله عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به فهما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الزيادات.

جميعا رهن بالألف لأنهما قاما مقام الأصل لحما ودما فيقومان مقامه ملكا وحبسا، فإن قتل أحدهما صاحبه كان الثاني رهنًا بخمسمائة سواء كانت قيمته أقل أو أكبر لأنهما قاما مقام الأول فيكون حكمهما كالأول فتكون جناية أحدهما على صاحبه كجناية الأول على نفسه وذلك هدر غير معتبر فيجعل التالف كالتالف بلا جناية بآفة سماوية. عبدان رهنا بألف يساوي كل واحد خمسمائة فصار كل واحد يساوي ألفًا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنًا بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول في هذه الحالة ولو كان قيمة كل واحد منهما ألفًا يوم الارتهان يصير القاتل رهنًا بسبعمائة وخمسين فكذا إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفًا يوم الجناية إذ المعنى بجمعهما لما بينا. ولو قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به فقيمة المدفوع قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه فالحكم فيه هكذا لأنهما قاما مقام الأصلين فكأن الأصلين قائمان وازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه؛ لأن حكم البدل لا يخالف حكم الأصل.

[(المنتقى)][(١)]: رجل قطع يد أمة إنسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهي قيمتها فولدت ولدًا يساوي خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيئًا ثم ماتت من الجناية، فإن شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شيء له على الجاني، وإن شاء أخذ من الجاني قيمتها يوم قطع يدها وهي ألف ويرجع الجاني على المرتهن فقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة؛ لأنها ماتت في ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه؛ لأن رهن المجني عليه بقطع حكم الشراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة؛ لأن بالرهن انتقص في الأمر بالهلاك ويرجع أيضًا عليه بحصة الأم من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون حصة الولد، فإن مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن؛ لأن الدين كله عاد إلى الأم.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل رهن رجلا كرا من شعير وغلاما وبرذونًا كل واحد يساوي مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فأقضم الغلام البرذون الشعير،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوازل.

فإن ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة؛ لأن المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتهم مستوية فنصيب كل واحد ثلثه والثلثان للراهن فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر؛ لأن جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثي العبد معتبرة فتكون في عنق العبد؛ لأنه جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه ففي البرذون ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها وفي العبد ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها وفي الشعير ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها فجناية العبد على تسع واحد هدر؛ لأنه جناية الرهن على الرهن فلزمه التسعان؛ لأن جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقي ثمانية أتساع المائة وبقي تسعه.

ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقضم الغلام البرذون الشعير فيلزم أيضًا من جنايته في الشعير تسعان فيكون في العبد ثلاثة أتساع ونصف تسعها وفي البرذون ثلاثة أتساع فتكون جملته ستة أتساع.

(**الجامع**): مسائله على فصول مختلفة:

أحدها: في هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة في يد الراهن.

والثاني: في الجناية على المرهونة وولدها.

والثالث: في اعورار المرهونة وفي رهن العوراء ثم انجلاء البياض.

(فصل)

أصله: أن رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويبرئ الجاني عن ضمانها كالبيع؛ لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية على البائع؛ لأن السراية حصلت في ملك المشتري وتعذر إيجابه على المشتري؛ لأن السراية متولدة من الجناية والجناية مضمونة على البائع في الابتداء فلا يجوز أن تصير مضمونة على المشتري في الانتهاء فتصير السراية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز والرهن كالبيع؛ لأن المرتهن يتملك بتملك المرهون عند الهلاك بالدين فيبدل الملك عند الهلاك والبراءة عن ضمان السراية إنما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى

إن الراهن لو افتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجاني جميع بدل المرهون لا بدل الطرف.

قطع يد جارية قيمتها خمسمائة ثم رهنها المولى بخمسمائة فماتت عنده بالقطع سقط من الدين خمسمائة وغرم القاطع نفسه خمسمائة للراهن حالا ولا يغرم بالسراية؛ لأن الجاني بالرهن بريء عن الضمان للسراية؛ لأنها حصلت في ملك المرتهن فبقي عليه أرش اليد ويجب في ماله حالة كضمان إتلاف المال؛ لأن أطراف العبد ملحقة بالأموال فإتلافها يوجب ضمان المال والمرتهن بالهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر خمسمائة فسقط ذلك.

ولو ماتت بعدما ولدت ولدا يساوي خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين ويرجع المولى على القاطع تسعمائة وخمسين يدفع من ذلك مائتين وخمسين إلى المرتهن فيكون رهنًا في يده مع الولد؛ لأن الدين انقسم على الأم والولد نصفين لاستواء قيمتهما للحال وبقيت قيمة الولد خمسمائة إلى وقت الفكاك فيحول نصف الدين إليه وذهب نصفه بذهاب الأم، فإذا ماتت الأم بعدما تحول نصف الدين إلى الولد ظهر أن الدين كان في نصف الجارية عقد قضاء واقتضاء وإيفاء، وإيفاء واستيفاء وفي نصفها عقد وديعة وأمانة؛ لأنه ظهر أن نصفها كان مضمونا ونصفها أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية وعقد الأمانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف الجناية وهي القطع وذلك مائتان وخمسون فتكون جملته سبعمائة وخمسين.

ورُوي عن محمد رحمه الله: أن خمسمائة من ذلك على عاقلة الجاني مؤجلا في ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب في ماله؛ لأن خمسمائة ضمان نصف النصف؛ لأنه لم يهدر نصف السراية وضمان النفس يجب على العاقلة مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب في ماله حالا ويدفع مائتين وخمسين إلى المرتهن؛ لأن هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوسا في يد المرتهن، وإن كان أمانة فكذلك بدلها يدفع إليه حتى يكون محبوسا عنده مع الولد، فإن هلكت المائتان والخمسون في يد المرتهن هلكت بغير شيء؛ لأنها كانت

بدلا عما كان أمانة في يده وللبدل حكم المبدل فهلك أمانة، فإن هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع؛ لأن الولد لما هلك قبل الفكاك تبين أنّا أخطأنا في القسمة حين قسمنا الدين عليهما نصفين؛ لأنه ظهر أن الدين كله كان بإزاء الأم متى لم يبق الولد إلى وقت الفكاك فقد هلكت الأم بجميع الدين وظهر أن المرتهن قبض مائتين وخمسين من الراهن بغير حق وظهر أن القاطع كان بريئا عن السراية كلها وإنما كان عليه أرش اليد خمسمائة لا غير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد ذلك عليه.

(فصل)

أصله: أن الدين متى قسم على الأم والولد للحال ينظر إن بقيت قيمة الولد غير منتقصة إلى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم الفكاك، وإن انتقصت قيمته تعاد القسمة؛ لأنه ظهر الخطأ في القسمة؛ لأنه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك؛ لأن قيمة الأم تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا.

ثم المسائل على أربعة أقسام:

الأول: رهن جارية بألف تساوي ألفًا فولدت ولدا يساوي خمسمائة فقتلها عبد يساوي ألفًا ثم ذهب عينه يفتكه الراهن بأربعة أتساع الألف؛ لأن العبد دفع بإزاء الأم والولد جميعا فينقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثا؛ لأن الجاني متى دفع بالجناية قام مقام المجني عليه لحمًا ودمًا كأنه هو حتى يمحى أثر الجناية فقام ثلث العبد المدفوع مقام الولد؛ لأن قيمة الأم ضعف قيمة الولد، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب نصف بدل الولد؛ لأن العين من الآدمي نصفه إلا أنه لا يذهب من الدين شيء؛ لأنه لو ذهب نصف الولد لا يذهب من الدين شيء فكذا بذهاب نصف بدله ومتى ذهب نصف بدل الولد وهو ثلث العبد وبقي نصفه وقيمة ما بقي مائة وستة وستون وثلثان ظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأن قيمة الولد لم تبق إلى يوم الفكاك بل صارت قيمته وقت الفكاك مائة وستة وستين وثلثين وقيمة الأم يوم الرهن ألف فوجب إعادة القسمة على قدر قيمتهما ومائة وستة وستين وثلثي سدس

الألف فاجعل سدس الألف سهما فصار قيمة الأم وهي الألف ستة أسهم فصار كله سبعة أسهم فوجب تقسيم الدين على سبعة أسهم سهم بإزاء بدل الولد وستة أسهم بإزاء بدل الأم وقد ذهب من بدل الأم نصفه لما ذهب عين العبد فذهب ما بإزائه من الدين نصفه وذلك ثلاثة أسباع الدين وبقي أربعة أسباع الدين.

الثانية: رهن جارية تساوي ألفًا بألف فولدت ولدا قيمته ألف فقتلت الأم جارية قيمتها مائة فدفعت فولدت المدفوعة ولدا يساوي ألفًا ثم اعورّت الأم ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءًا.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة أسداسه؛ لأن المدفوعة قامت مقام المرهونة لحما ودما كأنها حية قائمة، ولو كانت حية وولدت ولدين يساوي كل واحد منهما ألفًا يوم الفكاك وقيمة المرهونة ألف يوم الرهن يقسم الدين بينهم أثلاثا بإزاء كل واحد ثلثه، فإذا اعورّت المدفوعة ذهب نصف ما بإزائها من الدين وبقي النصف مرهونا بسدس وأربعة أسداس الدين باقٍ في الولدين فيفتكه بخمسة أسداسه. وجه ظاهر الرواية: أن قيمة المدفوعة إنما تعتبر يوم الدفع؛ لأنها إنما دخلت في ضمانه بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد انقسم الدين على المقتولة وولدها لاستواء قيمتها فيحول نصف ما في المقتولة من الدين إلى ولدها وبقي نصف الدين فيها ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة يحول ما في المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزءًا؛ لأن قيمة المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهمًا فصار الدين مقسوما على أحد عشر فصار بإزاء المدفوعة سهم، فإذا اعورّت ذهب نصفها فذهب نصف ما بإزائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب فاضرب اثنين في أصل الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بإزاء الولد عشرون جزءًا وبإزاء الأم جزءان، فإذا صار نصف الدين اثنين وعشرين صار النصف الآخر كذلك فصار الكل أربعة وأربعين جزءًا اثنان وعشرون بإزاء ولد المرهونة وعشرون بإزاء ولد المدفوعة وسهمان بإزاء المدفوعة وسقط سهم بذهاب نصفها بالعود فبقي ثلاثة وأربعون جزءًا فيفتكه بذلك.

ولو لم تعورّ الأم القاتلة حتى قتلهم جميعا عبد قيمته ألف فدفع لهم ثم اعورّ العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر وما يخص ولدها خمسة؛ لأن العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كأنهم أحياء معنًى ولم ينتقص من قيمتهم شيء وإنما انتقص سعرهم؛ لأن العبد صار مدفوعا بألفي درهم ومائة؛ لأنه دفع لهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على ألفين ومائة على أحد وعشرين سهما كل مائة سهم سهم من ذلك بإزاء القاتلة وعشرة بإزاء ولدها وعشرة بإزاء ولد المقتولة فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل كل واحد من الولدين وخمسة أسهم إلا أنه لا يذهب بذهاب بدل الولدين شيء من الدين وبقي من قيمة كل واحد منهما خمسة فظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأنه لم يبق قيمة ولد المقتول إلى يوم الفكاك ألفًا بل انتقص خمسمائة فيستأنف القسمة فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقي من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين سهما؛ لأن كل ألف صار على أحدٍ وعشرين جزءًا لما صار العبد على أحد وعشرين جزءًا وقيمة المقتولة ألف فتجعل أحد وعشرين وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بإزاء المقتولة وخمسة بإزاء ولدها فيجعل ما بإزاء المقتولة إلى القاتلة؛ لأنها قامت مقامها ثم المحول إلى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم؛ لأن قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة المقتولة وذلك سهمان وعشر سهم؛ لأن قيمة المقتولة صارت على أحد وعشرين جزءًا فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم وما بقي من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته وسبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وخمسة أسهم بدل ولدها، فإذا ذهب عين العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف عشر سهم من أحد وعشرين فبقي عشرون غير نصف عشر سهم فيقتله الراهن العبد بهذا.

والثالثة: جارية مرهونة بألف وهي قيمتها. قطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها، ثم ولدت كل واحدة ولدا يساوي خمسمائة فقتلهم جميعا عبد فدفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين، وإن شئت

قلت يفتكه بثلاثة أخماس الدين، وتخريجه: أن القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين؛ لأن اليد من الآدمي نصفه فيحوّل نصف الدين إلى القاطعة، وإن فات قيمة القاطعة عن خمسمائة؛ لأنها قامت مقام يد المقطوعة وصار كأن يد المقطوعة قائمة إلا أنه تراجع سعرها وبقي في المقطوعة يدها نصف الدين فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولدا يساوي خمسمائة انقسم ما في كل واحدة منهما من الدين عليها وولدها نصفين لاستواء قيمتهما فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون فلما قتلهم جميعا عبد يساوي ألفًا ودفع لهم قام كل ربع من العبد مقام كل واحد منهم؛ لأن قيمتهم متساوية؛ لأن قيمة كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كأن الأربعة أحياء ولم ينتقص منهم شيء بدنًا وانتقص سعرًا فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه إلا أنه لا يذهب بذهاب نصف بدل الولد شيء من الدين ويذهب بذهاب نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بإزائها من الدين فظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأنه ظهر أنه لم تبقَ قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة إلى وقت الفكاك بل بقي قدر مائة وخمسة وعشرين لما ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقي نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فتستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة وعشرون سهما فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصار تسعة فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بإزاء الولد سهم بإزاء الأم وهو ثمانية أتساع الدين ثم يقسم ثمانية أتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك أربعة أتساع الدين على قيمتها وهي خمسمائة يوم الرهن على قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرين على خمسة أسهم لأنا جعلنا كل مائة وخمسة وعشرين سهما وقسمة أربعة على خمسة لا تستقيم فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة في خمسة فتصير خمسة وأربعين المقطوعة أربعون وولدها ثم يحوّل نصف أربعين على القاطعة وهو عشرون ثم

تقسم عشرون على القاطعة وعلى ولدها على خمسة سهم بإزاء ولدها وذلك أربعة وأربعة أخماسه بإزاء القاطعة وذلك ستة عشر، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهما نصفه وكان بإزاء المقطوعة عشرون سهما من الدين فسقط عشرة وكان بإزاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرين فيقتل العبد بذلك وثمانية عشر خمسا جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرين ثلاثة أخماسه.

والرابعة: جارية مرهونة بألف هي قيمتها فولدت ولدا يساوي ألفًا ثم قتلت الأم جارية تساوي مائة فدفعت ثم ولدت المدفوعة ولدين يساوي ألفًا فقتلت المدفوعة والولدين جارية قيمتها ألف فدفعت بهم ثم ولدت ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت الأم قسم الدين على أحد وثلاثين فما أصاب عشرة فهو بحصة الولد الأول من الولد الحي يؤديه الراهن وما أصاب أحدا وعشرين قسم على اثني عشر وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني يؤديه الراهن وما أصاب سهمين وعشرا بطل على الراهن نصفه وأدى نصفه، وتخريجه: أن الدين يقسم على المقتولة الأولى وولدها نصفين لاستواء قيمتها وعلى ولدها على أحد عشر؛ لأن قيمة القاتلة مائة وقيمة ولدها ألف كل مائة سهم وإذا صار نصف الثمن بدل القاتلة على أحد عشر صار نصف بدل ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين سهما ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الأولى وولديها فقد قامت مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل ولد ألف قيمة القاتلة الأولى مائة فجعلنا كل مائة سهما فصارت قيمتهم أحدًا وعشرين سهما فصارت قاتلة الثانية أحدًا وعشرين سهما بدل كل ولدين عشرة أسهم وبدل أمهما سهم ثم يجعل ولد القاتلة الثانية على أحد وعشرين سهما كالأم لاستواء قيمتهما؛ لأن ولدها متولد عن بدل الأشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك إنسان يكون ملكا له فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزءًا عشرة من القاتلة الأخيرة وعشرة من ولدها وبدل أمها سهمان، فإذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم، فإذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر أنا أخطأنا في القسمة فتستأنف القسمة فنقسم الدين مستأنفا على قيمة المقتولة الأولى وهي ألف

يوم الرهن صارت مقسومة على أحد وعشرين سهما وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه أحد وثلاثين سهما عشرة حصة الولد وأحد وعشرون حصة أمها ثم تقسم حصة المقتولة الأولى على قيمة القاتلة الأولى وعلى قيمة ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهم؛ لأن قيمة القاتلة الأولى مائة وقيمة المقتولة الأولى صارت على أحد وعشرين سهما فعشر منها يكون سهمان وعشر سهم فكذلك قيمة القاتلة الأولى وبقي مائة يكون سهمان وعشر سهم وبدل ولدها من القاتلة الأخيرة عشرة أسهم من أحد وعشرين سهما فلهذا يقسم دين القاتلة الأولى عليها وعلى بدل ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة أسهم حصة ولدها ثم تقسم حصة القاتلة الأولى وهي سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما في القاتلة الأخيرة والآخر في ولدها على السواء؛ لأن الدين يحول من القاتلة الأولى إلى بدلها، فإذا ماتت القاتلة الأخيرة ذهب جزء من بدل القاتلة الأولى فيذهب من الدين ما بإزائه وذلك سهم ونصف عشر سهم من أحد وثلاثين سهما من الدين وبقي الباقي؛ لأن بذهاب الولدين لا يذهب شيء من الدين.

(فصل)

جارية بيضاء إحدى العينين مرهونة بألف وهي قيمتها فذهبت العين الأخرى فصارت تساوي مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه علل محمد وقال؛ لأنه ذهب بفوات العين الأخرى من الجارية أربعة أخماسها قدر النقصان الحاصل بالعمى بأربعة أخماس قيمتها وذلك؛ لأنه تعذر القول بإسقاط نصف الدين بذهاب عين واحدة؛ لأن الفائت، وإن كان عينا واحدة إلا أنها عميت بذهاب هذه العين وبذهاب العين الأولى فكان النقصان الحاصل بفوات عين واحدة بعد ذهاب العين الأولى أكثر من النقصان الحاصل بفوات عين واحدة مع بقاء الأولى صحيحة بفوت نصف جنس منفعة البصير وتعذر القول بإسقاط جميع الدين، وإن عميت وصارت هالكة معنى؛ لأنه بقي الجثة العمياء قيمة ومع بقاء بعض الرهن متقوما يتعذر القول بإسقاط كل الدين فلا بد من النقصان على الكل والزيادة على النصف فلهذا قدَّر

محمد النقصان بأربعة أخماس قيمتها، فإن ذهب البياض عن العين الأولى لا بعد شيء من الدين؛ لأن هذه زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تصير مضمونة بالدين؛ لأن الزيادة إنما تصير مضمونة لورود القبض عليها الذي له مشابه بالعقد كالزيادة المنفصلة ولا يمكن إيراد القبض عليها أصلا ومقصودا وقت الفكاك فإنما تصير مقبوضة بقبض الأصل تبعا ولم يرد عليها عقد الرهن فلا تصير مضمونة بالدين كالزيادة المتصلة في البيع، فإن ضرب رجل هذه العين فعادت بيضاء غرم ثمانمائة ويفتك الراهن الجارية والأرش بخمسة أتساع الدين؛ لأنه أتلف بجنايته أربعة أخماس قيمتها وذلك ثمانمائة فيضمن ذلك وصار الأرش بمنزلة الولد؛ لأن الزيادة المتصلة بالإتلاف تصير مضمونة وبالعقد والقبض لا فيقسم الدين على قيمة الجارية يوم الرهن وذلك ألف وعلى الرهن وهو ثمانمائة وقد بقي إلى وقت الفكاك فانقسم الدين عليهما على تسعة أسهم كل سهم مائتين أربعة حصة الأرش وخمسة حصة الجارية، فإذا عميت الجارية بعد ذلك بأن ذهبت العين التي كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى أوجب نقصان ثمانمائة من قيمتها فقد ذهب أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسة وبقي أيضًا حصة الأرش أربعة أخماس الدين فكان الباقي من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتكها الراهن بخمسة أتساع.

رهن جارية بيضاء إحدى العينين قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها إلى ألف، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: ينظر إلى ما كان ينقصها هذا البياض لو كانت البيضاء على حالها، فإن نقصها أربعة أخماس القيمة ذهب أربعة أخماس الدين؛ لأن الزيادة المتصلة الحادثة بعد الرهن لا عبرة بها لما بينا، فصار كأن البياض لم ينحل عن العين التي كانت بيضاء ولم تصر قيمتها ألفين، فإذا ابيضت العين الصحيحة صارت الجثة عمياء فقد نقصت أربعة أخماس قيمتها فيذهب من الدين أربعة أخماسه ويبقى خمسه.

[(باب جناية الرهن بعضه على بعض)][1]

(**قال في المبسوط**): أصله: أن جناية المشغول على المشغول هدر لكن سقط

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب جناية الرهن على الرهن.

الدين في المجني وجناية المشغول على الفارغ والفارغ على الفارغ هدر وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وينتقل ما في المقتول من الدين إلى الفارغ فيصير رهنًا مكانه؛ لأن الجناية إنما تعتبر بحق المرتهن في المجني عليه لا لحق الراهن؛ لأن كلاهما ملكه واعتبار الجناية لحق المرتهن لا يفيد إلا في جناية الفارغ على المشغول؛ لأنها إنما تعتبر ليشتغل الجاني بما كان على المجني عليه وهو الحبس وهذا ثابت قبل الجناية، فإن الجاني كان محبوسا بالدين الذي كان للمجني عليه محبوسا به، ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر؛ لأنه لا شغل فيهما بحق الحبس، فإذا لم يعد اعتبارها صار كأنه فات بآفة سماوية، فأما جناية الفارغ على المشغول مفيد؛ لأن الدين تحوّل إليه من المجني عليه قام مقامه.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الجناية على الرهن.

والثاني: في جناية ولد الرهن.

والثالث: في جناية الرهن المستعار.

(فصل)

ارتهن دابتين فأتلفت إحداهما الأخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر فيحول دين المقتول إلى القاتل؛ لأن جناية العجماء جبار لقوله عليه السلام: "**جرح العجماء جبار**"[(١)] فكأن قتل إحداهما

(١) أخرجه «البخاري» ١٦٠/٢ (١٤٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٥/٩ (٦٩١٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» ١٢٧/٥ (٤٤٨٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ١٢٨/٥ (٤٤٨٦) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، وعبد الأعلى بن حماد، كلهم عن ابن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق، يعني ابن عيسى، قال: حدثنا مالك. و«ابن ماجه» (٢٥٠٩) قال: حدثنا محمد بن ميمون المكي، وهشام بن عمار، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٠٨٥ و٤٥٩٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٦٤٢ و١٣٧٧م) قال: =

الأخرى بمنزلة موتهما حتف أنفهما، فأما جناية الرقيق على الرقيق معتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل مقام المقتول فيتحول دين المقتول إلى القاتل ثم بأي قدر يتحول إليه على ما سيأتي. ارتهن عبدين فلا يخلو إما أن ارتهنهما في صفقة واحدة أو في صفقتين.

وإن ارتهنهما في صفقة بألف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ وذلك كله هدر، والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول، وجناية المشغول على المشغول هدر فصار كأنه تلف بآفة سماوية فسقط بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون، والجناية على النصف من النصف المشغول فيعتبر؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول منه بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائتان وخمسون فصار كله رهنًا بسبعمائة وخمسين، ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه فلا يخلو، إما أن فقأ عين الآخر لا غير أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقبا أو معا، وإن فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين فلا يفتكهما إلا جميعا. أما المفقوءة عينه فلأنه كان رهنًا بخمسمائة والفاقئ بالفقوء أتلف منه نصفه؛ لأن العين من الآدمي نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول فيبقى نصف الدين بإزاء النصف القائم والجناية على

=

حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٨ و٥٨٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٨٠٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٦) قال: حدثنا عبد الله بن إسحاق الجوهري، قال: حدثنا أبو عاصم، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (٦٠٠٥) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٦٠٠٦) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. وفي (٦٠٠٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا ليث.

النصف الفارغ من العين هدر؛ لأنه أتلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية المشغول على الفارغ وكله هدر، والجناية على نصف نصف المشغول هدر؛ لأن نصف نصفه تلف بجناية المشغول؛ لأن الفاقئ نصفه فارغ ونصفه مشغول وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بإزاء به من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي دين المفقوءة عينه مائتين وخمسين فكان رهنًا به ويحول من دينه إلى الفاقئ قدر ربعه مائة وخمسة وعشرين فكان الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون ولا يفتكهما إلا جميعا؛ لأن الرهن واحد.

ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ بقي في الفاقئ الأول ثلاثمائة واثنا عشر ونصف والفاقئ الآخر يكون رهنًا بأربعمائة وستة وربع؛ لأن الفاقئ الآخر أتلف نصف الفاقئ الأول وبقي نصفه فبقي نصف الدين بإزاء النصف الباقي وذلك ثلاثمائة واثنا عشر ونصف؛ لأن الجناية على النصف الفارغ هدر وعلى نصف نصف المشغول أيضًا هدر يسقط ما بإزائه من الدين وذلك أربعة وهو مائة وستة وخمسون وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بإزائه من الدين إلى الفاقئ الآخر وهو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون بقي الفاقئ الأول رهنًا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الفاقئ الثاني رهنًا بأربعمائة وستة وربع، ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر معا ذهب من الدين ربعه وبقي في كل واحد ثلاثة أرباع خمسمائة؛ لأن الأصغر لما فقأ عين الأكبر فقد أتلف منه نصفه فبقي نصف الدين بإزاء النصف الباقي والنصف التالف من الأكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر والجناية على نصف النصف المشغول هدر فيسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيحول ما بإزائه إلى الأصغر وذلك ربعه وقد سقط من دين الأصغر ربعه أيضًا؛ لأن الجناية على نصف النصف المشغول منه هدر فسقط ما بإزائه من الدين فالحاصل أنه بقي

من دينه مائتان وخمسون ويحول إليه من دين الأكبر ربعه فصار رهنًا بثلاثة أرباع خمسمائة، وأما إذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة بصفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه، فإن لم يكن فيهما فضل على الدين فرُوي عن أبي حنيفة أنه يسقط ما في المجني عليه؛ لأنه لا فائدة في الدفع للمرتهن وهدرت الجناية، فإن كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن إن شاءا جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما في المقتول من الدين، وإن شاءا أفديا القاتل وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهنًا مكان المقتول والقاتل رهن بحاله؛ لأن المقتول كله تلف بجناية الفارغ؛ لأن الصفقة متى تفرقت فالحق المتعلق بأحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغا عن دين الآخر، ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له أن يفتكه وجناية الفارغ على المشغول معتبرة فصار كما لو جنى أحدهما على عبد لأجنبي يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والفداء فكذا هذا، وإن اختار الدفع بطل دين القاتل؛ لأنه بالدفع صار بمنزلة الهلاك؛ لأنه زال ملكهما وإن اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة؛ لأن نصف القاتل مضمونا على المرتهن ونصفه أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتبارا للبعض بالكل، وإن كان فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه بأرش عين الآخر؛ لأن إتلاف البعض يعتبر بإتلاف الكل وفي إتلاف الكل يخير فكذا في إتلاف البعض، فإن دفعاه بطل ما فيه من الدين وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهنًا مع المفقوءة عينه، ولو قال المرتهن لا أفدي وادع المرتهن على حاله له ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف باقيه؛ لأن هذه الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن لا لحق الراهن؛ لأنه لو طلب الجناية ودفع الجاني سقط نصف الدين، ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان في طلب الجناية ضرر بالمرتهن، فإذا رضي بإبطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية.

ولو قال الراهن: أفديه، وقال المرتهن: لا أفديه، للراهن أن يفديه بأرش الجناية كلها؛ لأنه محتاج إلى الفداء ليخلص عبد الرهن عن الجناية، فإن فداه يكون له نصف ذلك غرما على المرتهن في العبد الجاني ويبطل من حقه في العبد الجاني نصفه؛ لأن الراهن مضطرا إلى الفداء؛ لأنه بالفداء يحيي ملكه والفداء إذا كان فيه

إحياء ملك الإنسان لا يكون متبرعا فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فيصير مؤديا دين القاتل فيخرج القاتل من الرهن، وإن أبى الراهن الفداء وقال المرتهن: أفدي فدى وكان متطوعا فيه إذا كان الراهن حاضرا؛ لأن بقدر المضمون أدى عن نفسه وبقدر الأمانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه؛ لأنه اعتبر محيي ملكه فيكون متبرعا، وإن كان الراهن غائبا كان على الراهن نصف ذلك الفداء دينا قبل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكون متبرعا كان الراهن حاضرا أو غائبا لما يأتي.

ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شيء فيه كما لو مات؛ لأن جناية الإنسان على نفسه هدر لما تبين.

(فصل)

الرهن أمتان قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة بنتًا تساوي ألفًا والدين يساوي ألفًا فقتلت إحدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شيء والباقي رهن بالألف كلها؛ لأن الدين لم يقسم عليهما وعلى ولديهما أرباعًا على سبيل الترقب والانتظار؛ لأن قيمتهما على السواء فصارت كل واحدة منهما رهنًا بمائتين وخمسين وذلك ربع الدين وكان ثلاثة أرباع كل واحدة فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لأنه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ إلا أنه لا يسقط ما بإزائه من الدين ولكن يلحق بأمها؛ لأن بفوات الولد قبل الفكاك يتحول ما فيه من الدين إلى الأم والجناية على ثلاثة أرباع ربع المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتلة فصارت القاتلة رهنًا بسبعمائة وخمسين وأم القاتلة كانت رهنًا بمائتين وخمسين وذلك كله ألف، فإن ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بستمائة وسبعة وثمانين ونصف للأم من ذلك بمائتين وخمسين والبنت بمائتين وخمسين من الرهن الأول وثمانية وسبعة وثمانين ونصف بحقها من الجناية فتفتكها بذلك أمة مرهونة بألف وقيمتها ألف فولدت بنتًا تساوي ألفًا فجنى الولد فدفع لها لم يبطل من الدين شيء؛ لأن دفع الولد بمنزلة الهلاك.

ولو هلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا هذا، فإن فقأت الأم عيني البنت فدفعت الأم وأخذت البنت فهي رهن بألف كاملة مكان الأم إن ماتت ماتت بجميع الألف عندهما، وعند محمد يسقط من الدين بقدر نقصان العينين؛ لأن عنده في الجثة العمياء إذا اختار ولي الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك وليس لمولى المفقوءة إمساك الجثة وتضمين النقصان.

وكذلك عند أبي يوسف إذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات إلى خلف فيقوم الخلف مقامه في جميع الدين، وعند محمد لمولى المفقوءة إمساك الجثة وتضمين النقصان وكان الفاقئ بدلا عن الجثة وعن العينين جميعا فما بإزاء العينين من الرهن قد بطل؛ لأن العينين لم تصر ملكا للراهن ولا وصل إلى يد المرتهن ونفى الرهن بإزاء الجثة؛ لأنها صارت ملكا للراهن ووصل إلى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فائتًا بخلف فيكون رهنًا به.

فإن فقأت البنت بعد ذلك عيني الأم فدفعت وأخذت الأم عمياء ففي القياس يكون رهنًا بجميع المال؛ لأن البنت قامت مقام الأم بالدفع كما قامت الأم مقام البنت بالدفع في جميع الرهن، وفي الاستحسان يعود الرهن الأول على حاله ويذهب منه بحساب ما نقص من العينين؛ لأن الأم كانت أصلا في هذا الرهن والبنت جعلت بدلا عنها وتبعا لها، فإذا دفعت الأم بالبنت فقد وقعت العذرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء ولم يوجد الإيفاء فسقط اعتبار البدل فبقيت الأم أصلا في الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلا عن البنت، وحين ماتت أصلا لو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا فلأن البنت لما جعلت بدلا وتبعا للأم في الرهن فلو قامت الأم مقام البنت يكون في هذا جعل المتبوع تبعا لتبعه وهذا خلاف موضوع الشرع فلا تقوم الأم مقام البنت بل تبقى أصلا وتبقى رهنًا كما كانت رهن أمة تساوي ألفًا بألف فولدت ولدين كل واحد يساوي ألفًا فجنى أحدهما فدفع ثم فقأت الأم عينيه فدفعت الأم وأخذ الولد مكانها فالولدان بالألف وهذا عندهما؛ لأن الابن الأعمى يقوم مقام الأم

والأم مع الابن الصحيح كانا رهنًا بجميع الدين فكذلك الإثبات، وعند محمد يسقط من الدين بقدر نقصان العمى.

فإن مات الأعمى ذهب نصف الدين؛ لأن زيادة نصف الدين، فإن جنى الولد الباقي على الأم فدفع وأخذت الأم عاد الرهن إلى حاله الأولى وذهب من الدين بحساب ما ذهب من الأم استحسانًا وفي القياس يكون رهنًا بما كان في الولد على ما بينا.

رهن أمتين بألف تساوي كل واحدة ألفًا فولدت كل واحدة ولدا تساوي ألفًا ثم أخذ الولدين قتل أمة لم يلحقه من الجناية شيء وكان رهنًا بمائتين وخمسين وذهبت الأم بما فيها بمائتين وخمسين؛ لأن جناية ولد الرهن على أمها هدر؛ لأنه تبع للأم في حق الرهن؛ لأن عقد الرهن لم يزد عليه فإنما صار رهنًا تبعا للأم فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر وسقط ما فيها فكذا هذا، ولو أن الأم قتلت ولدها عاد نصيبه إليها؛ لأن جنايتها على ولدها إن كانت مهدرة صار كأن الولد مات حتف أنفه فتلحق ما فيه إلى أمها وكانت معتبرة، فإنه يتحول ما فيه على أمه.

ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قبل الولد الآخر كانت أم الولد المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهنًا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهنًا بخمسمائة قال والصواب أن يقال إن ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهن بخمسمائة وستة أثمان القاتل ونصف مع أم القاتل رهن بخمسمائة؛ لأن الدين انقسم بينهم أرباعا لاستواء قيمتهم فصار بإزاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين؛ لأن قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية على ربع الربع المشغول هدر؛ لأنه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة؛ لأنه تلف بجنايته الفارغ على المشغول ما بإزائه إلى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك بثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار ما في المقتول وهو مائتان وخمسون على أربعة أسهم فصار كل مائتين وخمسين على أربعة أسهم فصار الألف على ستة أسهم وقد يحول ثلاثة منها إلى

القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقي ستة أثمانه ونصف ثمنه فإن مات القاتل لم ينقص من الدين شيء؛ لأن بهلاك ولد الرهن لا يسقط شيء.

فإن لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين؛ لأنه كان بإزائها ربع الدين ولو لم تمت أمه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها وبقي القاتل رهنًا بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول إليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وخمسون ومائتان في عتق أمه فيفتكهم به الراهن.

رهن عبدا وأمة بألف قيمة كل واحد ألف ولدت الجارية ما يساوي ألفًا فجنى الولد ودفع به ثم فقأ الولد عيني العبد وأخذ مكانه فيكون مع الأم رهنًا بجميع الدين؛ لأن الولد قام مقام العبد؛ لأن الرهن فات كله وأخلف بدلا؛ لأنه فات العبد وأخذ بإزائه بدلا صحيح العينين فقد فات كل الرهن إلى خلف فيقوم مقام الأصل في الرهن، فإن قتل الولد الأم أو الأم الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغا ونصفه مشغولا والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول هدر معتبر فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهنًا بسبعمائة وخمسين.

ولو جاء العبد الأعمى فقتل القاتل به كان رهنًا بسبعمائة وخمسين وهذا قياس.

وفي الاستحسان يسقط من الدين بقدر نقصان العينين وقد مر فيما تقدم.

(فصل)

استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف فرهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة: حكم فيما بين المستعير والمرتهن، وحكم فيما بين المستعير والمعيرين، وحكم فيما بين المعيرين.

أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فيقول: إن كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ الأكبر عين الأصغر فقد أتلف نصفه؛ لأن العين من الآدمي نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية فبقي الأصغر رهنًا بمائتين وخمسين فصار الأكبر رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين ثم لما فقأ الأصغر عين الأكبر فقد أتلف نصفه الأكبر وبإزاء نصفه بثلاثمائة واثني عشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع إلى الأصغر فبقي الأكبر رهنًا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الأصغر رهنًا بأربعمائة وستة وربع فتكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان وواحد وثمانون وربع وأما الحكم فيما بين المستعير والمعيرين فالمستعير يفتك العبدين بسبعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة أرباع درهم وعليه أيضًا لولي العبد المفقوءة أولا مائة درهم وخمسة وعشرون ولولي المفقوءة آخرا مائة وستة وخمسون وربع؛ لأن كل واحد من الموليين صار قاضيا دينه من عنده هذا القدر: وأما الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الأكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك إلى الثاني أو افده بثلاثة أرباع أرش عين الفاقئ الآخر؛ لأنه وصل إليه ربع أرش العين من جهة المستعير؛ لأنه وصل إليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع أرش العين؛ لأن أرش العين الوالدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفًا ولم يصل إليه ثلاثة أرباع أرش العين، فإن فدى يقال لمولى الأصغر ادفع من عندك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمس أو افده بمثل ذلك من أرش العين؛ لأنه وصل إلى مولى الأكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع وذلك خمس أرش العين وأربعة أثمان خمسه ونصف ثمن خمس، فإذا دفع وأفدى فقد برئ حي من حي فظهر كل عبدين بجناية ولا يرجع واحد على صاحبه بشيء.

(باب جناية الرهن على الراهن والمرتهن)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جناية خطأ.

والثاني: في جنايته عمدًا.

(فصل)

العبد الرهن إذا جنى على الراهن نفسًا وما دونها خطأ وعلى ماله هدر، وكذلك جنايته على المرتهن وعلى عبده ولا فضل في قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا في جنايته على المرتهن إن شاء أدفعاه بالجناية وبطل الدين، وإن شاء المرتهن ترك الجناية وهو رهن.

لهما: أن المرهون يشبه المغصوب من حيث إنه مضمون على المرتهن؛ لأن الرهن قبض استيفاء في حق المالية، ولهذا لو جنى على أجنبي أو على ماله تكون العهدة عليه بمنزلة الغاصب ويشبه عبد الوديعة؛ لأن العين أمانة عنده في الحال، ولهذا لو لحقه عهده يرجع بذلك على الراهن كالمودع ويكون كفيلًا على الراهن وكان له شبهتان بهذين العبدين، وجناية عبد المغصوب على الغاصب معتبرة عندهما، وجناية الوديعة على المودع معتبرة بالإجماع فهذا أولى. له: أن جناية العبد المغصوب على الغاصب مهدرة عند أبي حنيفة وجناية عبد الوديعة على المودع معتبرة والعبد المرهون دائر بينهما محبطا من حكمهما فوقع الشك في اعتبار هذه الجناية وضمانها فلا يجب بالشك. ثم فرق أبو حنيفة بين جناية المغصوب على المالك فإنها معتبرة وجناية الرهن على الراهن مهدرة، والفرق أن الرهن أمانة في يد المرتهن في حق الراهن؛ لأنه قبضه بإذن المالك إلا أنه يصير مستوفيا لدينه من مالية الرهن عند هلاكه وجناية الوديعة على المالك هدر؛ لأن المملوكية منافية لثبوت حق المالك على مملوكه، فأما المغصوب مضمون على الغاصب فكانت جنايته واقعة في ضمان الغاصب فصارت مضمونة عليه، وإن كان في قيمته فضل على

الدين بأن رهن عبدا قيمته ألفان والدين ألف فجنايته على المرتهن ورقيقه معتبرة بالإجماع؛ لأن نصفه مضمون ونصفه أمانة إلا أنا لو اعتبرنا جنايته في نصف الأمانة وأهدرنا في نصف الضمان أدى إلى إبطال الرهن الثابت بيقين بالشك والاحتمال؛ لأنه يجب على الراهن دفع نصف الأمانة، ومتى دفع يصير نصف الرهن ملكا للمرتهن ويبقى نصفه ملكا للراهن فيصير الرهن شائعا والشيوع يبطل الرهن فاعتبرنا كل الجناية صونا للرهن عن البطلان، ثم يقال للراهن ادفعه أو افده، فإن دفعه يبطل الرهن، وإن فداه كان عليه نصف الفداء وهو رهن؛ لأنه لما اعتبرت هذه الجناية على المرتهن صار كالجناية على الأجنبي، ولو جنى على أجنبي وظهر عن الجناية بالفداء بقي رهنًا فكذا هذا.

(فصل)

ولو قتل الراهن أو المرتهن عبدًا يعاد ويبطل الدين؛ لأن موجب العمد هو العود وملك القصاص يقيده حل القتل؛ لأنه لم يكن ثابتا فيستعاد بها فكان في اعتبارها فائدة بخلاف الخطام، فإن موجبه هو المال فلا يقيد الاستحقاق والرقبة مستحقة فلا يفيد استحقاقا ثانيًا، فإن كانت قيمته ألفين والدين ألف فقتل المرتهن عمدا وله وليان فعفا أحدهما قيل للراهن والعافي ادفعا نصف العبد إلى غير العافي أو افدياه بثلاثة أرباع الدية؛ لأن نصيب أحدهما سقط بالعفو وظهر العبد عن الجناية وانقلب نصيب الآخر مآلا يوجب دفع نصف العبد إلى غير العافي والفداء عنه كما لو جنى على أجنبي وله وليان فعفا أحدهما، فإن دفعا نصفه بطل الرهن ونصف الدين في النصف بالدفع وفي النصف بالشيوع؛ لأن نصف العبد صار ملكا لغير العافي وبقي النصف ملكا للراهن فيمكن الشيوع فبطل الرهن وبقي على الراهن نصف الدين فيكون بين العافي وغير العافي نصفين، فإن فدياه فعلى الراهن ربع الدية وعلى العافي ثمن الدية؛ لأن الفداء نصفه على الراهن ونصفه على المرتهن فيكون سهمان من أربعة من نصف الدية وهو ربع الكل على الراهن وسهمان من نصف الدية على ابني المرتهن على كل واحد سهم وهو ثمن الكل، ولو كان المرتهن اثنين والمسألة بحالها فقتل أحدهما عمدا وله وليان فعفا أحدهما، فإن شاؤوا دفعوا نصف العبد

إلى الذي لم يعف ويبطل الرهن وإن شاؤوا أفدوه بسبعة أثمان نصف الدية على الراهن أربعة وسهمان على المرتهن وعلى العافي سهم؛ لأن نصف الحق قد بطل بالعفو والنصف الباقي نصفه أمانة ونصفه مضمون وفداء الأمانة على الراهن وهو نصف النصف وفداء المديون على المرتهنين وأحد المرتهنين قتل وله وليان فيكون ربع النصف على المرتهن الباقي وربع النصف ولي المرتهن المقتول نصفان وربع النصف على سهمين فيصير النصف ثمانية أسهم أربعة أسهم من ذلك على الراهن وسهمان على المرتهن الباقي ورهن على العافي وسهم على غير العافي إلا أن سهم غير العافي سقط؛ لأنه لا يجب له على نفسه فيبقى سبعة أثمان النصف، وإن أفسد متاعا للمرتهن والراهن إن شاء قبض نصف ذلك الدين وإن أبى بيع العبد في ذلك الدين كله يعني كل دين الاستهلاك؛ لأنه لو استهلك متاعا للأجنبي فللمولى أن يقضي دينه والإتباع فيه فكذا هذا، فإن بقي شيء من ثمنه بعد قضاء الدين أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه ويكون رهنًا؛ لأن العبد كان نصفه فارغًا ونصفه مضمونا فالذاهب والباقي بينهما نصفان كما لو استهلك متاعًا لأجنبي وتبع به فما بقي بعد قضاء الأجنبي يكون بينهما فكذا هذا.

[(باب الغصب في الرهن)](1)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا جنى الرهن في يد الغاصب جناية واحدة.

والثاني: فيما إذا جنى جنايات.

(فصل)

عبد مرهون بألف يساوي ألفًا فغصبه إنسان فقتل عنده قتيلًا خطأ ثم رده فدفع بالجناية يرجع على الغاصب بقيمته فيكون رهنًا مكانه؛ لأن العبد استحق بسبب كان في ضمان الغاصب ولم يسلم المقبوض من الغاصب للمرتهن فصار كأنه تلف عند

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب في جناية الرهن في يد الغاصب.

الغاصب وقد عجز عن رده فلزمه قيمته، وإن فداه المرتهن كانت القيمة التي تؤخذ من الغاصب رهنًا مكان الفداء؛ لأن استحقاق الفداء عليه كاستحقاق العبد، وفي العبد يرجع على الغاصب بالقيمة فكذلك في الفداء وتكون القيمة رهنًا؛ لأنه بدل الفداء والفداء رهن فكذلك بدله.

وإن فداه الراهن والمرتهن والرهن يساوي ألفين فالقيمة بينهما نصفان؛ لأنه بدل الفداء والفداء عليهما نصفان فكذا بدله يكون بينهما نصفين، ولو كان حين رده إلى المرتهن مات عنده يطلب الجناية والدين؛ لأن الجناية كانت في رقبة العبد؛ لأن موجب جنايته الدفع فيبطل بموت الجاني ويبرأ الغاصب؛ لأنه رد العبد إلى من أخذ ومضى ولم يلحقه ضمان بما قضى واقتضى فسقط الضمان عن الغاصب وانتهى، ولو استعار الراهن الرهن من المرتهن فجنى عنده فدفعاه كان الدين على الراهن ولا يضمن قيمة الرهن؛ لأن بالاستعارة خرج عن ضمان المرتهن ولم يبق حكم الرهن وهو الحبس فحصلت الجناية في يد الراهن فيكون موجب الجناية عليه وهو الدفع أو الفداء، وإذا دفع لا يسقط الدين؛ لأنه دفع بجناية كانت في ضمانه ولا يضمن قيمته؛ لأنه قبضه بإذن المرتهن، وكذلك لو استعاره رجل بإذن الراهن؛ لأن عارية الأجنبي بإذن الراهن كان عارية من الراهن.

ولو استعاره بغير إذنه فالمرتهن غاصب والمستعير غاصب ثانٍ فله أن يضمن أيهما شاء ويكون رهنًا مكانه؛ لأن كل واحد منهما صار متعديا في حقه المرتهن بالدفع والمستعير بالقبض وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه؛ لأن المرتهن صار مالكا له بالضمان فصار معيرا ملك نفسه والمعير لا يرجع على المستعير ولا المستعير على المعير وكذلك الراهن لو أعاره بغير إذن المرتهن ضمن المستعير القيمة، وإن شاء ضمن الراهن.

(فصل)

ولو جنى عبد الغاصب جنايات فهو على ستة أوجه:

الأول: لو قتل عبد الغاصب خطأ ثم قتل عمدا ثم أفسد متاعا مثل قيمته ثم رده

عليه فاختاروا دفعه، فإنه يدفع بالخطإ ثم يقتله أصحاب العمد ويكون على الغاصب بالقيمة للمرتهن يدفع إلى أولياء الخطإ ثم يأخذها صاحب المتاع ثم يرجع المرتهن على الغاصب بقيمة أخرى فيأخذها أصحاب الخطإ ثم يرجع عليه بقيمة أخرى تكون في يد المرتهن قيمة لا بيعة فيها؛ لأن البداية بالقصاص والبيع لا يفيد؛ لأنه متى اقتص بالعمد لا يمكن دفعه ولا بيعه، وإذا بيع، فإذا دفع بالخطإ أو أقبض بعد ذلك انتقض البيع عند أبي حنيفة وعندهما أنه لم ينتقض ولكن لا يشترى عبد حلال الدم إلا بقيمة يسيرة تافهة فلا يصل إلى صاحب الحق حقه بكماله ومتى بدأ بالخطإ ودفع به أمكنه قصاصه وبيعه وإبقاء الحقوق وصونها عن الإهدار واجب ما أمكن فكانت البداية بالخطإ أولى وقد استحق العبد في يد المرتهن بجناية كانت عند الغاصب فترجع بقيمته عليه ويأخذها ولي الخطإ؛ لأنه ثبت حقه في عبد فارغ وقد وصل إليه رقبة مشغولة وقد استحق عليه بسبب ذلك الشغل فكأنه لم تصل إليه وهو القيمة بدلها فكان أحق بها ثم يأخذها صاحب المتاع؛ لأنه أحق برقبة العبد من صاحب المتاع؛ لأن حق الغرماء تعلق بمالية العبد استيفاء وحق صاحب الخطإ تعلق بالعبد إما دفعًا أو فداء لا بماليته استيفاء ثم يرجع المرتهن مرة أخرى؛ لأنه استحقت القيمة من يده بجناية كانت في يد الغاصب فيأخذها ولي الخطإ ثم يرجع المرتهن ثالثا؛ لأن القيمة الثانية استحقت من يده بجناية كانت عند الغاصب فسلم له.

وكذلك إذا بدأ بالخطإ ثم بالإفساد ثم بالعمد يبدأ بالدفع بالخطإ ثم بالاقتصاص بالعمد؛ لأن البداية بالبيع أو البينة لا يفيد لما بينا.

ولو بدأ بالإفساد ثم بالخطإ ثم بالعمد أو بدأ بالإفساد ثم العمد ثم الخطإ، أو بدأ بالعمد ثم بالخطإ ثم بالإفساد، أو بدأ بالإفساد ثم بالخطإ ففي هذه الفصول الأربعة يدفع بالخطإ ثم يقتل بالعمد ثم يكون على الغاصب قيمة المرتهن يأخذها الغرماء ثم قيمة أخرى للمرتهن لا يأخذها ولي الخطإ؛ لأن حق صاحب المال يتعلق برقبة العبد فارغة كانت أو مشغولة ولم تسلم له الرقبة فكان أحق ببدلها، فأما حق مولى الخطإ تعلق برقبة مشغولة بالمال ومشغولة بالقصاص وفيما إذا بدأ بالعمد

وثلث بالخطإ وقد وصلت إليه رقبة مشغولة فوصل إليه قدر حقه فلم يكن له على القيمة سبيل وكل ذي حق وصل إلى حقه.

وأما إذا اغتصب المرهون رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم ردّه فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ فردّه فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ يدفع العبد إلى أولياء الجنايات؛ لأنه استوت حقوقهم، وعلى الغاصب الأول للمرتهن قيمة كاملة، وعلى الثاني نصف قيمته، وعلى الثالث ثلث قيمته وحق ولي القتيل الأول في عبد كامل وفي حق الثاني في نصف عبد وحق الثالث في ثلث عبد؛ لأن حين صدرت منه الجناية الأولى لم يتعلق برقبته حق آخر، وحين صدرت منه الجناية الثانية كان مشغولا بحق الأول فينصف بينهما وحين صدرت منه الجناية الثالثة كان مشغولا بحقين فيثلث بينهم فمتى دفع العبد إليهم يرجع المرتهن على الغاصب الأول بثلث قيمته؛ لأنه استحق عليه ما قبض منه بسبب كان في ضمانه ويدفع ذلك الثلث إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه وصل إليه ثلث العبد وبقي حقه في ثلثيه وهذا بدل العبد فيأخذه منه ثم يرجع بثلث القيمة مرة أخرى؛ لأن ما أخذه استحق بسبب كان في ضمانه ويأخذ منه ولي الجناية الأولى تكميلا لحقه ثم يرجع بثلث القيمة مرة ثالثة فتكون رهنًا عنده ثم يرجع على الغاصب الثاني بثلث القيمة؛ لأن ثلث العبد استحق منه بسبب كان في ضمانه ويأخذه ولي القتيل الثاني نصف ذلك الثلث منه؛ لأن حقه في نصف العبد وقد وصل إليه ثلث العبد يبقى حقه في سدس العبد وفي يده ثلث قيمته فيأخذ نصف ذلك منه ثم يرجع المرتهن بذلك على الغاصب الثاني فيكون رهنًا عنده ثم يرجع على الغاصب الثالث بثلث قيمته ولا يأخذه ولي القتيل الثالث؛ لأن حقه كان في ثلث العبد لا غير وقد وصل إليه ويكون رهنًا عنده فتكون قيمة رقبة كاملة رهنًا عنده ووصل إلى كل ذي حق حقه.

فكذلك لو غصبه واحد ثلاث مرات مرة بعد أخرى وجنى في كل مرة جناية عند مرهون بأكبر من عشرة آلاف وقيمته مثل ذلك فغصبه رجل فقتل عنده رجلين خطأ ففداه المرتهن بعشرين ألفًا يرجع على الغاصب بعشرة آلاف إلا عشرة؛ لأن هذا الضمان إنما يجب على الغاصب بالغصب والجناية جميعا؛ لأنه لو لم يوجد الجناية

لا يجب الضمان بالغصب بعدما رد العبد على من أخذه منه وقد لزمه ضمان بعد رد العبد علم أنه لزمه بسبب الجناية ولولا الغصب لا يجب الضمان عليه بجناية العبد عليه فيجب اعتبار كل واحد منهما في هذا الضمان باعتبار جهة الغصب يوجب جميع القيمة واعتبار جانب الجناية يوجب عشرة آلاف إلا عشرة فلا يجب الزيادة بالشك واعتبار جانب الغصب يوجب الضمان عليه واعتبار جانب القتل يوجب الضمان على العاقلة فلا يجب على العاقلة بالشك.

ولو لم يفدوه ولكن دفعوه رجع بعشرة آلاف إلا عشرة على الغاصب فيدفع نصفها إلى ولي الجناية الأولى؛ لأن حقه وجب في كل العبد وقد وصل إليه نصفه فبقي حقه في نصف بدله ولا شيء للآخر في القيمة لأن حقه في نصف الرقبة وقد وصل إليه قدر حقه ويرجع المرتهن بخمسة آلاف إلا خمسة على الغاصب فتكون هذه العشرة آلاف إلا عشرة في يد المرتهن رهنًا؛ لأن الرهن فات وأخلف بدلا هذا القدر والله أعلم.

كتاب السبق والرهان

(المنتقى): وتجوز المسابقة في أربعة أشياء: في النصل والخف والحافر والقدم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر**"(١). والمراد بالحافر الفرس، وبالخف الإبل، والنصل الرمي.

ورُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: سابقت النبي صلى الله عليه وسلم فسبقته، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال: "هذه بتلك"(٢). وتفسير المسابقة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢/٥٠٢ (٣٤٢٤٨) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٢/٤٧٤ (١٠١٤٢) قال: حدثنا يحيى. وفي (١٠١٤٣) قال: وحدثنا وكيع، ويزيد. و«أبو داود» (٢٥٧٤) قال: حدثنا أحمد بن يونس. و«الترمذي» (١٧٠٠) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا وكيع. و«النسائي» ٦/٢٢٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٠) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد. وفي ٦/٢٢٦، وفي «الكبرى» (٤٤١١) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، أبو عبيد الله المخزومي، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٦٩٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر بن سليمان.

سبعتهم: (وكيع بن الجراح، ويحيى بن سعيد، ويزيد بن هارون، وأحمد بن يونس، وخالد بن الحارث، وسفيان بن عيينة، والمعتمر) عن محمد بن عبد الرحمن، ابن أبي ذئب، عن نافع بن أبي نافع، مولى أبي أحمد، فذكره.

(٢) أخرجه الحميدي (٢٦٣) قال: حدثنا سفيان. و«أحمد» ٦/٣٩ (٢٤٦١٩) قال: حدثنا سفيان. وفي ٦/٢٦٤ (٢٦٨٠٧) قال: حدثنا عمر، أبو حفص المعيطي. و«ابن ماجه» (١٩٧٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٨٩٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد المقرئ، قال: حدثنا سفيان. وفي (٨٨٩٥) قال: أخبرني علي بن محمد بن علي، قال: حدثنا محمد بن كثير، عن الفزاري. و«ابن حبان» (٤٦٩١) قال: أخبرنا علي بن أحمد بن سعيد، بهمذان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن عبد الملك الأسدي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة.

ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، وأبو حفص المعيطي، وإبراهيم بن محمد الفزاري) عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

في النصل هو الرمي بالسهام والسلاح وكل سلاح يمكن أن يرمي به وكانت المسابقة بذلك من باب تعلم أسباب الجهاد فكان مرخصا.

وإن كان في الأصل لعبًا. وتفسير المسابقة في الخف والحافر، هو عَدْو الفرس والحمار والبغل، والمسابقة بالقدم، هو المشي بالقدم وهذا مما يحتاج في الجهاد وللكر والفر فكان من رياضة النفس، فإن الغزاة محتاجون إلى رياضة أنفسهم حتى إذا ابتلوا بالطلب والهرب وهم رحالة لا يسبق عليهم العدو وكما يحتاجون في ذلك إلى رياضة الدواب.

ثم المسابقة على أربعة أوجه: ثلاثة منها حلال، والرابع حرام.

أما أوجه الحلال:

أحدها: لو قال السلطان أو أحد من الرؤساء لجماعة من الفرسان أو لاثنين من سبق منكم فله كذا، وإن سبق فلا شيء عليه فمن سبق حل له خطره، وكذلك لو قال لجماعة من الرماة إلى الهدف: من أصاب منكم الهدف فله كذا؛ لأن هذا تحريض على فعل هو سبب للجهاد والتنفيل والتفضيل من الإمام في الغنيمة لبعض الغزاة تحريضا لهم على الجهاد، فإن قال: من قتل قتيلا فله سلبه، ومن دخل حصنا أولا فله من النفل كذا أجاز مع أن الغنيمة حق الغزاة وهذا يفضي من خالص ماله فكان أحق بالجواز.

والثاني: لو قال لصاحبه: إن سبقتني في السهام أو الفرس أو المشي بالقدم فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء عليك وهذا مباح لقوله عليه السلام: "**المؤمنون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**"(١).

والثالث: إذا كان الجعل من الجانبين وبينهما محلل وهو أن يقول كل واحد منهما إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلي كذا، وإن سبقت الثالث فلا شيء عليّ ولا لي فهو جائز حلال ولا يغرم إن سبق وهو مروي عن سعيد بن

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٦٨/٦ (٢٢٤٥٤) قال: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن عبد الملك، عن عطاء، فذكره.

المسيب رضي الله عنه وهذا إذا كان المحلل على وجه يتوهم أن يسبق، وإن كان لا يتوهم ذلك يكون قمارا؛ لأنه لا فائدة في إدخاله سهما.

والرابع: أن يكون الجعل من الجانبين على أنه إن سبق فله كذا، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله وهذا حرام؛ لأن هذا قمار وإنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق كل واحد منهما، فأما إذا علم غالبًا أن يسبق أحدهما ولا يسبق الآخر، فإنه لا يجوز؛ لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فعلى قياس هذا من يجري بين طلبة العلم بأن وقع الاختلاف بين اثنين في مسألة وأراد الرجوع إلى الأستاذ وشرط أحدهما لصاحبه إن كان الجواب كما قلت: لأعطينك كذا.

وإن كان كما قلت لا آخذ منك كذا شيئًا فهو جائز، وإن كان الشرطان من الجانبين فهو قمار إلا إذا كان بينهما محلل؛ لأن ذلك لما جاز للتحريض على معنى الجهاد فيجوز هذا أيضًا للحث على الجهاد في التعلم والله أعلم.

تم الجزء بحمد الله وعونه ومنّه وكرمه يتلوه زويدة لطيفة منه أيضًا: كتاب القصاص.

الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

فهرس المحتويات

دار الكتب العلمية
DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH
DKI